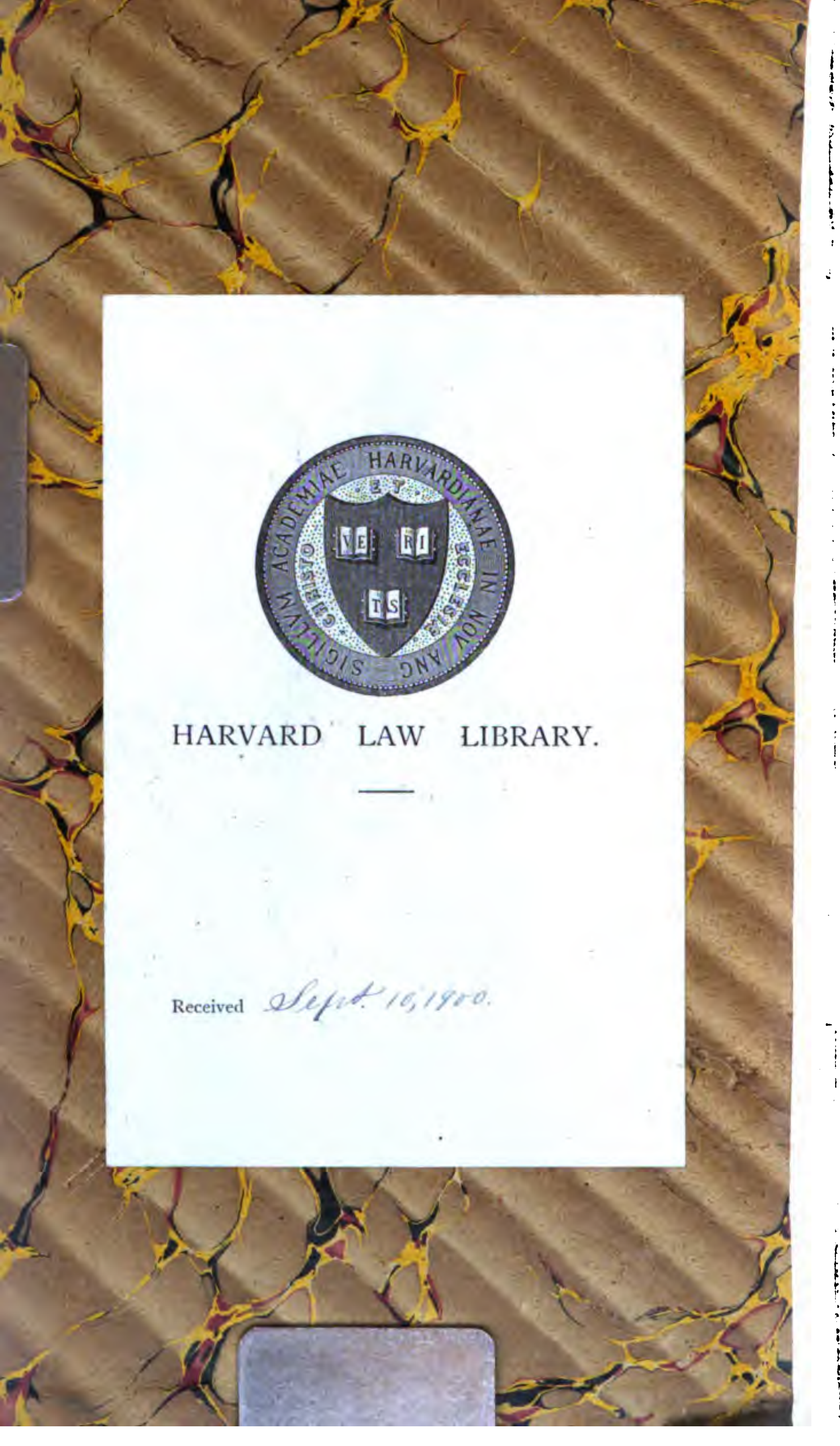

3 2044 056 967 326



HARVARDIANAE IN NOV ANG
SIGILLVM ACADEMIAE
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Belgium

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL FRANCAIS.

Bruxelles. — Typ. Bruylant-Christophe & Cie

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME VINGT-NEUVIÈME.

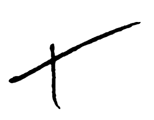
(3e ÉDITION.)



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie,
ÉDITEURS.
RUE BLAES, 33

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ.
A. CHEVALIER-MARESCQ, SUCCESSEUR,
RUE SOUFFLOT, 20.

1878



TITRE XIX.

(TITRE XVIII DU CODE CIVIL.)

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES (1).

---

1. Le titre des *Priviléges et Hypothèques* est remplacé, en Belgique, par la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, dont l'article 1er porte : « Les dispositions ci-après remplaceront, dans le code civil, le titre XVIII du livre III. »

La loi de 1851 contient des dispositions qui se lient au régime hypothécaire, mais qui, dans le système du code civil, auraient dû être classées ailleurs. Tel sont les articles préliminaires (art. 1-6) concernant la publicité des actes les plus importants qui intéressent les tiers. C'est d'abord la transcription des actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, auxquels la loi ajoute certains baux : cette matière se rattache à l'article 1140, qui ne fait que prononcer un renvoi au titre de la *Vente* et au titre des *Priviléges et Hypothèques,* parce que, au conseil d'Etat, on n'était pas parvenu à se mettre d'accord sur le principe de la publicité.

Viennent ensuite (art. 3 et 4) des dispositions qui pres-

(1) *Nouvelle loi sur le régime hypothécaire,* accompagnée de tous les documents officiels relatifs à la loi. Bruxelles, 1852. (On cite ce Recueil sous le nom de *Parent,* qui en est l'éditeur.) Martou, *Commentaire de la loi du 16 décembre* 1851, 4 vol. Bruxelles, 1857.

crivent la publicité, par voie d'inscription, des demandes en nullité ou en révocation de droits soumis à la transcription, ainsi que des jugements qui interviennent sur ces demandes. Cette matière, dans la classification du code Napoléon, devrait aussi trouver sa place au titre des *Obligations*.

La loi prescrit encore la publicité, par voie d'inscription, de la cession des créances privilégiées et hypothécaires, ainsi que de la subrogation à ces créances. Dans le système du code civil, cette matière devrait être traitée ou au titre des *Obligations*, ou au titre de la *Vente*.

Nous avons pensé qu'il valait mieux ne pas scinder les dispositions qui remplacent la clandestinité du code Napoléon par la publicité. En effet, la publicité a le même but, dans les diverses applications que la loi en fait, elle tient à un seul et même principe, et elle se rattache par un lien intime au régime hypothécaire. Voilà pourquoi nous avons renvoyé l'exposition des diverses dispositions relatives à cette matière au titre qui traite des priviléges et hypothèques. Toutefois, comme le système de publicité a une importance générale et indépendante du régime hypothécaire proprement dit, nous diviserons la loi en deux parties, la première, consacrée à la publicité; la seconde, aux priviléges et hypothèques.

2. Il se trouve aussi, dans la partie de la loi hypothécaire qui traite des priviléges et hypothèques, des dispositions qui sont étrangères au régime hypothécaire. En organisant l'hypothèque que la loi accorde au mineur sur les biens de son tuteur, le législateur s'est aperçu que la garantie de l'hypothèque légale était souvent inefficace. En effet, l'hypothèque légale suppose que le tuteur possède des immeubles qui puissent être affectés aux créances que le mineur a contre lui; si le tuteur n'a pas de fortune immobilière ou si ses biens ne répondent pas à la créance éventuelle du mineur, la sûreté que la loi a voulu donner au mineur sera nulle ou insuffisante. Le code civil laissait, dans ce cas, le mineur sans aucune garantie; c'était une lacune que le législateur belge a comblée. Ces nouvelles dispositions doivent être placées au titre de la *Tutelle*, car

elles impliquent qu'il n'y a pas d'hypothèque légale, ou qu'elle est insuffisante. Nous les avons expliquées, au titre qui est le siége de la matière (t. V, n°s 53, 59 et 61).

3. Les articles additionnels contiennent aussi des dispositions étrangères au régime hypothécaire ; elles se rattachent à divers titres, sous la rubrique desquels nous les avons placées. Il y a deux articles (art. 2 et 3 additionnels) qui concernent l'hypothèque légale des mineurs et des femmes mariées, et l'hypothèque légale des aliénés non interdits ; nous les expliquerons en exposant la matière à laquelle ils se rapportent.

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA PUBLICITÉ DES ACTES QUI INTÉRESSENT LES TIERS.

4. Les dispositions préliminaires prescrivent d'abord la publicité des actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers. Cette publicité se fait par voie de transcription, c'est-à-dire que les actes sont copiés en entier sur les registres tenus par le conservateur des hypothèques. La loi soumet à la même publicité les baux dont la durée excède neuf ans, ou qui contiennent quittance d'au moins trois années de loyer (art. 1-2).

La loi de 1851 prescrit, en second lieu, la publicité des demandes en nullité ou en révocation quand elles concernent des droits résultant d'actes soumis à la transcription, ainsi que des décisions rendues sur ces demandes. Cette publicité se fait par voie d'inscription (art. 3 et 4).

En troisième lieu, la loi soumet à la publicité les cessions de créances privilégiées ou hypothécaires, ainsi que la subrogation à ces créances. Cette publicité a aussi lieu par voie d'inscription (art. 5 et 6).

Il y a encore des droits qui doivent être rendus publics par la voie de l'inscription, ce sont les priviléges immobiliers et les hypothèques. Il en est traité dans les chapitres qui concernent les priviléges et les hypothèques.

CHAPITRE Ier.

DU PRINCIPE DE PUBLICITÉ.

---

§ Ier. *Critique du système de clandestinité du code civil.*

5. Le code n'a point de système sur l'importante question de savoir si les actes qui intéressent les tiers doivent être rendus publics. Aujourd'hui on trouve que c'est une de ces questions qu'il suffit de poser pour les résoudre. Elle était résolue dans le sens de la publicité par la loi du 11 brumaire an VII, laquelle n'avait fait que consacrer l'une des traditions qui se partageaient l'ancienne France, celle des coutumes de nantissement. Cette loi portait (art. 26) : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. » Les auteurs du code civil désertèrent le principe de publicité pour s'attacher à la tradition romaine qui consacrait le principe de clandestinité, si l'on peut donner le nom de principe à une législation qui ne prend aucun souci de l'intérêt des tiers, parce qu'elle ignore les plus simples notions d'économie politique et de crédit public.

6. On ne peut pas même dire que la clandestinité soit un système pour les auteurs du code; ils ont suivi aveuglément la tradition romaine telle qu'elle avait été consacrée par l'ancienne jurisprudence, établissant tantôt la publicité, et tantôt la proscrivant. S'agit-il de donation de biens susceptibles d'hypothèques, le code (art. 939) exige la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation qui aurait

eu lieu par acte séparé, et l'article 941 ajoute que le défaut de transcription pourra être opposé par toute personne ayant intérêt. Même système pour les substitutions fidéicommissaires permises : « Les dispositions par actes entre-vifs ou testamentaires, à charge de restitution, seront rendues publiques, savoir, quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation, et quant aux sommes colloquées avec privilége sur les immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilége » (art. 1069). L'article 1070 contient la sanction habituelle en cette matière, c'est que « le défaut de transcription pourra être opposé par les créanciers et tiers acquéreurs ».

Voilà la publicité telle que la loi de brumaire l'établissait, en termes généraux, pour toute transmission de biens susceptibles d'hypothèque. Les auteurs du code ont donc été d'avis que les donations et substitutions devaient être rendues publiques, dans l'intérêt des tiers créanciers et acquéreurs. Mais si les tiers sont intéressés à connaître les actes de disposition à titre gratuit, ils ont un intérêt identique à connaître les actes à titre onéreux, les ventes d'immeubles, sauf que leur intérêt est mille fois plus grand, car les donations sont rares et les substitutions plus rares encore, tandis que les ventes sont des actes de tous les jours. Le code veut que les actes à titre gratuit soient rendus publics, et quand il arrive à des actes infiniment plus nombreux, les aliénations à titre onéreux, et que les tiers, par conséquent, sont plus intéressés à connaître, il abandonne le principe de publicité pour rétrograder jusqu'à la législation romaine : c'est la clandestinité qui l'emporte. Est-ce système? Non, car un des derniers titres, celui qui est, à vrai dire, le siége de la matière, le titre des *Priviléges et Hypothèques*, exige la publicité pour que le créancier privilégié ou hypothécaire puisse faire valoir son droit de préférence à l'égard des tiers : « Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur » (art. 2134). Même disposition pour les priviléges (art. 2106) : « Entre

les créanciers, les priviléges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques. » Ainsi le législateur veille à l'intérêt des tiers quand il s'agit d'hypothèques ou de priviléges; on ne peut opposer ces droits même aux créanciers chirographaires, que lorsqu'ils ont été rendus publics. Et quand il s'agit de l'aliénation des immeubles, le législateur oublie que les tiers sont également intéressés à connaître les actes translatifs de propriété immobilière; il oublie que, sans la publicité de ces actes, la publicité du régime hypothécaire est tellement imparfaite qu'elle devient presque un leurre au lieu d'être une garantie.

7. Les auteurs du code se condamnent eux-mêmes, par leur inconséquence. La publicité qu'ils prescrivent en matière de donations, de substitutions et d'hypothèques, est-elle utile, nécessaire dans l'intérêt des tiers, il fallait généraliser la publicité, comme l'avait fait la loi du 11 brumaire an VII, à la suite des coutumes de nantissement. La publicité est-elle inutile pour les actes les plus importants, les aliénations d'immeubles, elle était inutile, à plus forte raison, pour les donations et pour les constitutions d'hypothèques. Il fallait donc choisir entre la publicité et la clandestinité. Les auteurs du code se sont prononcés tantôt pour la publicité, tantôt pour la clandestinité, sans que l'on puisse donner une ombre de raison de ces incohérences : c'est légèreté, ignorance, aveuglement. Les raisons abondent pour justifier cette rude critique (1).

L'intérêt général exige que la circulation des propriétés soit tout ensemble libre et sûre, afin que les immeubles parviennent entre les mains de ceux qui sont les plus capables de les exploiter. C'est un élément de richesse publique, et la richesse est un puissant instrument de civilisation. Les lois de la révolution qui ont rendu à la circulation les biens du clergé, frappés de mainmorte, et les biens de la noblesse, grevés de substitutions, ont décuplé la richesse nationale. Mais il ne suffit pas de briser

(1) Comparez Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 7 et suiv.).

les chaînes qui entravent la circulation des biens, il faut aussi que les acquisitions soient stables et sûres. Si l'acquéreur peut craindre d'être évincé, il n'achètera pas, il confiera ses capitaux à des entreprises commerciales et industrielles qui lui offrent l'appât d'un gros intérêt, et la terre ne trouvera plus d'acquéreurs. Le code civil donnait-il cette sécurité aux acquéreurs? Dupin, portant la parole devant la cour de cassation, répond : « Celui qui achète n'est pas sûr d'être propriétaire, celui qui paye de n'être pas obligé de payer une seconde fois, et celui qui prête d'être remboursé. » Cette critique est-elle exagérée?

Pour acheter avec sécurité, il faut avoir un moyen certain de s'assurer que celui qui vend est propriétaire de la chose; or, ce moyen, l'acquéreur ne l'a point dans le système de clandestinité du code civil. Il peut, a-t-on dit, se faire représenter les titres de son vendeur. Sans doute, en supposant que le vendeur en ait. Mais il ne suffit pas que le vendeur ait des titres, il faut qu'ils émanent du véritable propriétaire; la difficuté est donc reculée et elle devient insoluble dans une législation qui ne prescrit point la transcription, sur des registres publics, des actes translatifs de droits réels immobiliers. D'ailleurs il ne suffit pas de connaître les titres du vendeur; il se peut qu'il ait été propriétaire et qu'il ait cessé de l'être. J'achète aujourd'hui une ferme, le propriétaire l'a vendue hier; il n'est donc plus propriétaire, et il ne me transmet pas la propriété; si je paye, je serai évincé par le premier acquéreur ou je serai obligé de payer une seconde fois. Ai-je un moyen de m'assurer que mon vendeur n'a pas déjà aliéné la chose qu'il me vend? Non, car les aliénations sont clandestines; elles peuvent se faire par acte sous seing privé, et pourvu que la vente consentie avant mon acquisition ait date certaine, elle peut m'être opposée; en effet, le premier acquéreur est propriétaire à l'égard des tiers, par le seul fait de la vente, sans publicité aucune, et il peut m'opposer son acquisition, et revendiquer la chose contre moi, en prouvant l'antériorité de son acquisition. Or, il peut faire cette preuve conformément à l'article 1328, sans que j'aie eu le moyen de m'assurer qu'il y avait un acte d'aliénation anté-

rieur au mien; je serai donc évincé ou obligé de payer. Donc, en achetant, je ne suis pas sûr de rester propriétaire.

Sans doute il y a mauvaise foi de la part de celui qui vend un immeuble dont il a cessé d'être propriétaire. Mais c'est précisément contre la fraude que les lois doivent donner des garanties aux tiers. Et la fraude est si facile, que l'on peut s'étonner qu'elle n'ait pas été plus usuelle. Je vends une ferme avec réserve d'usufruit; je continue donc à posséder et à jouir, rien n'annonce que j'aie cessé d'être propriétaire : comment les tiers n'y seraient-ils pas trompés? peuvent-ils connaître, soupçonner seulement une transmission de propriété dont la loi ne prescrit pas la publicité, et qui, en fait, est restée occulte? Cependant l'acheteur, avec réserve d'usufruit pour le vendeur, est devenu propriétaire de la ferme à l'égard des tiers : si j'achète le même immeuble, le premier acheteur peut le revendiquer contre moi. Je serai évincé, sans que j'aie eu aucun moyen de prévoir l'éviction.

La clandestinité présente encore un autre danger pour l'acquéreur. Il se peut que la chose ait été revendue successivement et que l'un des vendeurs n'ait pas été payé. Il aura l'action en résolution, et si la vente est résolue, toutes les acquisitions tomberont. L'acquéreur a-t-il un moyen de connaître l'existence de la condition résolutoire, ou de se mettre à l'abri du danger d'éviction dont elle le menace? Non, car il devrait se faire représenter tous les actes d'aliénation, et il se peut que son vendeur ne les possède pas; il se peut encore que les actes ne constatent pas que le prix reste dû. L'acquéreur purgera-t-il pour forcer le vendeur non payé à se faire connaître? Dans la théorie du code, la purge efface le privilége du vendeur, elle n'efface pas son droit de résolution. Nouveau leurre pour le tiers acheteur; il a purgé, il se croit à l'abri de toute action, il paye; et voilà qu'un vendeur non payé agit en résolution et lui enlève l'immeuble dont il croyait être devenu propriétaire incommutable.

8. La clandestinité des actes translatifs de propriété immobilière n'est pas seulement un danger pour les acqué-

reurs, elle paralyse et rend inutile la publicité des privilèges et hypothèques. Dupin dit que, dans le système du code, celui qui prête sur hypothèque n'est pas sûr d'être remboursé. Je stipule une hypothèque pour la sûreté de ma créance, je l'inscris; j'ai le premier rang, et l'immeuble vaut beaucoup plus que ma créance. Ne dois-je pas croire que ma garantie est complète? Cependant elle peut être dérisoire. Pour que l'hypothèque me donne une sûreté efficace, une première condition est requise, c'est qu'elle ait été consentie par le propriétaire; or, le créancier qui stipule une hypothèque n'a aucun moyen de s'assurer que le débiteur est propriétaire de l'immeuble. Vainement se fera-t-il représenter les titres, les titres peuvent être incomplets, ou ils peuvent ne pas être soldés; ce qui ouvre au vendeur non payé l'action résolutoire, et la résolution fait tomber tous les droits réels, y compris l'hypothèque. De plus, comme nous venons de le dire, le débiteur peut avoir été propriétaire, et il a cessé de l'être. Je stipule une hypothèque aujourd'hui, les titres de mon débiteur sont en règle; mais il a vendu hier le même immeuble qu'il m'offre en garantie. Garantie dérisoire, puisque mon débiteur n'est plus propriétaire, et je n'ai aucun moyen de m'assurer qu'il ne l'est plus. On voit ici l'inconséquence extrême des auteurs du code civil. Ils ont reconnu la nécessité de la publicité des hypothèques, c'est la base et l'âme de notre régime hypothécaire. La base est peu solide et l'âme fait défaut. Qu'importe que les hypothèques soient rendues publiques et qu'elles n'aient d'effet que par l'inscription? Un acheteur ignoré viendra évincer le créancier hypothécaire; son hypothèque est nulle, puisqu'elle a été consentie par un débiteur qui n'était plus propriétaire de l'immeuble. Il est donc vrai de dire que celui qui prête sur hypothèque n'est pas sûr d'être remboursé.

9. Que dire des tiers créanciers chirographaires? L'inconséquence est toujours la même, et les garanties sont nulles. Le législateur veille aux intérêts des créanciers chirographaires quand ils se trouvent en conflit avec des créanciers hypothécaires ou privilégiés; ceux-ci ne peuvent leur opposer leur droit de préférence qu'à la condition qu'ils

l'aient rendu public. Mais à quoi leur sert cette sollicitude? Je traite avec un propriétaire sur la foi de sa richesse immobilière, et j'ai soin de m'assurer que ses immeubles ne sont grevés d'aucune charge. Mais ce propriétaire vend successivement tous ses biens; je n'ai pas le droit de suite, donc je perds ma créance. C'est ma faute, dira-t-on; pourquoi ai-je eu l'imprudence de prêter mes fonds sans aucune garantie? Soit; mais suis-je aussi en faute parce que, au moment où je traitais, mon débiteur avait déjà vendu tous ses biens par des actes occultes que les tiers viendront m'opposer? Ici c'est le législateur qui est en faute, et son inconséquence est inconcevable. Il se préoccupe de l'intérêt des créanciers chirographaires quand ils sont en conflit avec des créanciers hypothécaires ou privilégiés, et il les oublie complétement lorsque le débiteur aliène les biens qui forment leur gage. Singulier gage qui leur échappe sans qu'ils s'en doutent!

10. Ce n'est pas tout. Il se peut que les droits consentis à des tiers soient valables comme étant concédés par le véritable propriétaire. Et néanmoins le défaut de publicité compromettra les intérêts des tiers que le législateur devrait sauvegarder. J'achète un immeuble; mon vendeur est propriétaire; mais, par des actes clandestins, il avait grevé ces immeubles de droits réels, servitudes, usufruit; j'ai contre lui une action en garantie, mais à quoi me servira-t-elle s'il est insolvable? Je resterai grevé de charges onéreuses que je n'ai pas pu connaître, parce qu'elles sont établies par des actes qui restent cachés. Je stipule une hypothèque; mon débiteur est propriétaire, ma garantie est valable; mais il se trouve que le débiteur avait consenti un bail à long terme; malgré le bail, je puis exproprier le bien qui m'a été hypothéqué. Mais les biens donnés à bail se vendent difficilement; la vente ne produira pas le prix sur lequel je devais compter, je perdrai donc une partie de ma créance.

11. La publicité des actes translatifs de droits réels immobiliers et des baux qui s'y rattachent prévient tous ces dangers. Avant d'acheter un immeuble, je consulterai le registre aux transcriptions, sur lequel se trouvent

inscrits tous les actes concernant le fonds que je me propose d'acquérir. En remontant d'un titre à l'autre, je puis constater que mon vendeur est propriétaire, au moins par l'effet de la prescription. En tout cas, je suis à l'abri d'une action en éviction qui serait intentée par un précédent acquéreur, car il ne peut m'opposer son acquisition que si elle a été rendue publique, et le certificat du conservateur des hypothèques m'apprendra s'il y a ou non un acte transcrit. Si je soupçonne qu'il y ait un précédent vendeur qui n'a pas été payé, je remplis les formalités de la purge; et, en vertu de la loi nouvelle, le droit de résolution se trouvera effacé en même temps que le privilége du vendeur. On ne peut, du reste, m'opposer aucune charge, pas même un bail à long terme, s'ils n'ont pas été rendus publics; et la publicité sauvegarde mes intérêts, puisqu'elle me met à même d'y veiller.

Je stipule une hypothèque. Mon premier soin sera de m'assurer si mon débiteur est propriétaire. Le registre aux transcriptions m'en donne le moyen. Je n'ai plus à craindre une vente secrète que mon débiteur aurait faite de l'immeuble qu'il m'offre en garantie, car un acte non transcrit n'a aucun effet à mon égard. Je n'ai pas à craindre la condition résolutoire, car la publicité des priviléges m'apprend s'il y a une condition résolutoire et si elle est conservée.

Quant aux créanciers chirographaires, le système de publicité, tel qu'il était organisé par les coutumes de nantissement et tel qu'il l'est par notre loi hypothécaire, leur donne la seule garantie qu'ils puissent réclamer. Ils n'ont pas de droit réel dans les biens de leur débiteur; cette absence de sûreté n'est pas imputable au législateur, elle est due à leur négligence ou à une confiance excessive; tout ce qu'ils peuvent demander, c'est de conserver le gage que la loi leur accorde tant que le débiteur n'en a pas disposé légalement, c'est-à-dire publiquement. La publicité des hypothèques, la transcription des actes translatifs de propriété immobilière les avertit que la solvabilité de leur débiteur diminue et que leur gage menace de disparaître. C'est tout ce que la loi peut faire pour eux; avertis, ils

peuvent prendre les mesures que la prudence leur commande ; et si le débiteur agit clandestinement, les actes de disposition qu'il fait ne pourront pas leur être opposés.

Quand le système de publicité est complet, il avertit les tiers de toutes les charges qui grèvent un immeuble, même des baux. Et il suffit qu'ils en soient avertis pour que leurs intérêts soient sauvegardés. Celui qui achète un immeuble apprendra par le registre aux transcriptions qu'il est grevé d'un droit d'usufruit ou de servitude, il saura que le bien est donné à bail pour un long terme ; il traitera en conséquence. Il en est de même du prêteur sur hypothèque. Ce qui rend les prêts hypothécaires si dangereux, c'est la clandestinité des actes translatifs de propriété immobilière. Le vice indique le remède, c'est la publicité la plus complète.

12. La publicité, qui est une garantie pour les tiers, est tout aussi avantageuse pour les propriétaires. Par un étrange aveuglement, les propriétaires de l'ancien régime, les nobles, se sont toujours opposés à la publicité des transactions immobilières, et la vanité de caste l'emporta sur l'intérêt général. On ne peut pas même dire que les nobles, ou les propriétaires en général, eussent intérêt à la clandestinité, à moins que l'on ne considère comme un intérêt la facilité de tromper les tiers, et on ne peut certes pas tenir compte d'un intérêt pareil. Quel est le véritable intérêt du propriétaire ? C'est de pouvoir vendre facilement et avantageusement, s'il y a utilité ou nécessité pour lui d'aliéner. Or, si l'acheteur peut craindre que, malgré toutes les précautions qu'il prendra, il court risque d'être évincé, il n'achètera pas, ou il le fera à des conditions onéreuses pour le vendeur ; les chances d'éviction seront un des éléments qui détermineront le prix qu'il offrira ; en définitive, le propriétaire supportera les conséquences de l'incertitude et du défaut de sécurité, suites nécessaires de la clandestinité. Le propriétaire préfère-t-il conserver la propriété de ses biens, mais a-t-il besoin de fonds pour en améliorer la culture, ou veut-il emprunter pour se livrer à des entreprises industrielles et commerciales, il sera également intéressé à ce que sa situation immobilière soit exactement

connue des capitalistes auxquels il s'adresse. La moindre incertitude, le moindre risque de perte augmenteront les exigences du prêteur et diminueront, par conséquent, le crédit dont le débiteur peut et doit jouir à raison de sa fortune immobilière. Il n'y a qu'une classe de propriétaires qui soient gênés par la publicité, ce sont ceux qui vivent dans l'oisiveté et dans la dépense; leur vanité souffre quand les aliénations qu'ils sont forcés de consentir sont rendues publiques et quand les charges qui les grèvent sont livrées à la publicité; ils préfèrent avoir les apparences mensongères d'une grande fortune, ce qui aboutit à tromper les tiers qui traitent avec eux. Est-il nécessaire d'ajouter que la loi doit prescrire la publicité la plus large précisément pour empêcher les tiers d'être trompés? Quant à la vanité blessée, le législateur n'a pas à s'en inquiéter, sa mission n'est pas de nourrir les vices. S'il a des leçons à donner, ce sont des leçons de droiture et d'honnêteté.

§ II. *Les origines de la publicité.*

13. Il n'y a pas d'histoire plus intéressante que celle des origines de la publicité, qui préside aujourd'hui à toutes les transactions immobilières. Nous avons dit que, dans l'ancienne jurisprudence, il y avait deux traditions toutes contraires en cette matière, la tradition romaine et la tradition des coutumes de nantissement. On sait le culte dont le droit romain était l'objet : c'est la France qui lui donna le beau nom de *raison écrite*. Les coutumes, au contraire, paraissaient un héritage de la barbarie germanique et de la servitude féodale. Eh bien, ces apparences étaient absolument trompeuses. La prétendue raison écrite, en ce qui concerne la transmission des droits réels immobiliers, ne tenait aucun compte de l'intérêt des tiers, elle n'avait pas le soupçon des exigences du crédit : c'était la clandestinité avec tous ses dangers et tous ses abus. Il est vrai que les coutumes procédaient de la féodalité, et que la féodalité remonte, dans ses premiers germes, jusqu'aux forêts de la Germanie. Cependant les coutumes féodales par excellence,

celles du nord de la France et de la Belgique, consacraient la publicité la plus large de tous les actes translatifs de droits réels immobiliers; notre loi hypothécaire n'a fait que reproduire les principes des coutumes de nantissement. Cela tient du miracle. Les jurisconsultes romains ont porté la science du droit jusqu'à la perfection; ils seront toujours nos maîtres, sans que nous parvenions jamais à les égaler; et cette science si perfectionnée consacrait, en matière de transactions immobilières, le contre-pied de la vérité : la clandestinité n'est certes pas la raison écrite, c'est l'ignorance écrite. La vérité, en cette matière, nous est venue de la barbarie. Cela ne tient-il pas du prodige? Le prodige s'explique, mais aussi il atteste qu'il y a dans la vie de l'humanité un élément qui n'est pas celui de la liberté humaine. Nous avons montré, dans nos *Etudes sur l'histoire de l'hnmanité,* la main de Dieu qui préside aux destinées humaines. De même que la providence divine éclate dans l'histoire, elle se révèle à chaque pas dans toutes les faces de la vie; il suffit de ne pas fermer les yeux à la lumière de la vérité pour la voir, que dis-je! pour en être inondé. Est-ce que nos ancêtres des forêts de la Germanie songeaient aux nécessités du crédit en imaginant des formes palpables qui donnaient une espèce de publicité à la transmission de la publicité des immeubles? Non, certes, pas plus que les barons féodaux ne songeaient aux intérêts des tiers, en *dessaisissant* le propriétaire qui aliénait un immeuble et en *ensaisinant* l'acquéreur. De là date cependant le *nantissement* coutumier, et ce *nantissement* n'est autre chose que la transcription de nos lois modernes. La filiation est incontestable. En faut-il induire que la barbarie germanique a été, en cette matière, supérieure à la science romaine? Ce serait expliquer un prodige par un non-sens. A vrai dire, il n'y a point de prodige, car le miracle est permanent, c'est l'action de Dieu dans les destinées des hommes : qu'on l'appelle Providence, qu'on l'appelle Immanence de Dieu dans l'humanité, cela importe assez peu, pourvu que le Dieu immanent ne se confonde pas avec le monde. Toujours est-il que les faits ne sauraient être contestés : la saisine germanique et féodale s'est transformée

en nantissement, et le nantissement n'est autre chose que le principe de publicité, un des fondements de notre ordre civil. Ce n'est pas aux Germains, ce n'est pas aux seigneurs féodaux que nous devons ce bienfait; si ce n'est pas aux hommes, ne serait-ce pas à Dieu? Aveugles sont ceux qui nient le progrès, et qui ne voient pas que le progrès s'accomplit sous la main de Dieu, dans toutes les sphères de l'activité humaine! Nous demandera-t-on pourquoi la tradition romaine, qui admettait aussi une espèce de saisine, ne s'est pas transformée pour devenir un principe de publicité? La réponse est très-simple. Chaque âge, chaque race a sa mission; celle du peuple-roi n'était pas le commerce et l'industrie, il était appelé à conquérir le monde et à le gouverner. Le droit, cette face considérable de la vie, tenait de cet esprit de domination, c'était un instrument de gouvernement. Rome légua son droit au moyen âge et aux temps modernes, mais c'était un droit mort, la raison *écrite*; ce qui était *écrit* devait rester immuable, comme un texte; il n'y avait plus de développement, plus de progrès possible. Le vrai droit, le droit vivant, était le droit coutumier: élément de la vie, il se transformait avec la vie. Voilà comment la saisine germanique et féodale est devenue le nantissement, et le nantissement la transcription. Pourquoi cette transformation s'est-elle faite dans les coutumes du nord de la France et de la Belgique, plutôt que dans les provinces du midi? Ici régnait le droit romain, droit mort et irréformable. La révolution ne pouvait donc se faire que dans les pays de coutume; si elle s'accomplit en Belgique plutôt qu'ailleurs, ce n'est pas que l'esprit de la féodalité y fût plus puissant; l'histoire nous dit que les bourgeois de nos communes combattirent la chevalerie féodale et qu'ils furent vainqueurs. Si l'esprit féodal dominait dans nos villes, c'était l'esprit de liberté, et non l'esprit d'asservissement; c'est à la liberté que nos puissantes communes durent leur richesse. Elles étaient donc prédestinées à transformer la saisine traditionnelle en nantissement, c'est-à-dire à se servir d'une coutume féodale pour sauvegarder l'intérêt des tiers; et cet intérêt n'était autre que celui de la circulation libre et sûre des propriétés, lequel se confond avec le cré-

dit des particuliers, principe de richesse et de puissance.

Nous regrettons que les limites de notre travail, déjà si long, ne nous permettent pas d'écrire cette intéressante histoire de la transcription. Les traits généraux suffisent au but de cet ouvrage. Nous convions nos jeunes lecteurs à se livrer à cette étude, qui offre tant d'attraits et de si grands enseignements.

N° 1. LES COUTUMES DE NANTISSEMENT (1).

11. Dans les coutumes dites *de saisine et de nantissement*, la propriété des immeubles se transférait par les *œuvres de loi* ou la *réalisation* : c'était une prise de possession constatée par les tribunaux sur des registres publics déposés au greffe. Le *nantissement* est au fond identique avec la *transcription;* il n'en diffère que par les formes, qui, d'après les coutumes, étaient judiciaires; tandis que, d'après notre droit moderne, elles sont administratives. Cette différence vient de ce que, avant la révolution de 1789, les tribunaux étaient investis non-seulement de la juridiction contentieuse, mais aussi de la juridiction volontaire. Ce système de publicité régnait au nord de la France, dans toute la Belgique, y compris les provinces septentrionales. Les formalités du nantissement s'appelaient *devoirs de loi,* bien qu'elles n'eussent pas été introduites par la loi, mais le législateur les consacra, ce qui leur donna force de loi générale (2). On distinguait, toutefois, les formalités des *devoirs de loi* proprement dits et celles qui portaient le nom de *main-mise, main-assise, mise de fait.* Cette dernière dénomination était usitée là où la mise en possession se faisait par les juges royaux; tandis que l'on donnait le nom d'*ensaisinement* ou de *devoirs de loi* à la mise en possession qui se faisait par les officiers du sei-

(1) Voyez les sources citées dans Britz, Mémoire couronné (dans les Mémoires couronnés de l'Académie de Bruxelles, année 1846, p. 903, note). Il faut ajouter : Wynants, Decis. 144, n° 11; Voet, *Comment. ad Pand.*, XLI, I, 38. Merlin, *Répertoire*, au mot *Devoirs de loi* (t. VIII, p. 35).

(2) Placard de Philippe II, du 6 décembre 1586. Edit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle, du 12 juillet 1611. Placard du 16 septembre 1673.

gneur dont les biens étaient mouvants. C'était l'expression usuelle; ce qui se comprend, le nantissement étant d'origine féodale. Toute aliénation d'un droit réel immobilier implique une abdication de l'ancien propriétaire et une transmission ou une acquisition de l'acquéreur ; ce double fait constituait le nantissement ; de là les noms de *dessaisine* ou de *déshéritance* en ce qui concerne le vendeur, et de *saisine* ou d'*adhéritance* en ce qui concerne l'acheteur. Il y avait encore d'autres mots pour exprimer la même idée; les formes et les expressions variaient d'une coutume à l'autre; nous négligeons ces détails pour nous en tenir à l'essence du nantissement.

15. Il était de principe que la convention et l'acte qui la constatait ne suffisaient point pour transférer la propriété à l'acheteur. On lit dans les *Décisions* de Jean Des Mares : « En vente d'héritage, il faut *vest* et *devest* (1), combien que lettres en soient faites; car au vendeur demeure toujours la vraie saisine et possession jusques à tant qu'il en soit dessaisi en la main du seigneur foncier, et ne s'en peut dire l'acheteur saisi jusqu'à ce qu'il en soit saisi de fait par le seigneur foncier du lieu (2). » Merlin dit que le principe du nantissement était, au fond, celui du droit romain, d'après lequel la propriété se transfère, non par de simples contrats, mais par la tradition. Ainsi on lit dans la coutume de Liége (chap. VI, art. 1er) : « Tous biens immeubles, soient-ils héritages ou rentes, ne peuvent valablement être aliénés, par contrat par-devant notaire et témoins, ni autrement que par-devant justice, pour donner titre ou action réelle. » Toutefois la différence est grande entre la *tradition romaine* et le *nantissement coutumier*, car la tradition aboutit à la clandestinité, tandis que le nantissement était essentiellement public. La tradition était exigée comme condition de la transmission de la propriété entre parties contractantes, l'intérêt des tiers n'y joue aucun rôle; le nantissement, au contraire, n'était requis que dans l'intérêt

(1) Les mots *vest* et *devest* sont identiques avec les expressions *saisine* et *dessaisine*. En flamand, *erfvenisse* et *onterfvenisse*.

(2) Décisions de Jean Des Mares, n° 189 (dans Brodeau, *Commentaire sur la coutume de Paris*).

des tiers. Merlin le dit : Dans tous les cas où il n'y a point de tiers intéressés, les droits de l'acquéreur qui n'a point rempli les formalités du nantissement sont les mêmes que s'il avait été ensaisiné (1). En ce sens, les *devoirs de loi* sont synonymes de *publicité*.

16. Du principe que les devoirs de loi étaient requis dans l'intérêt des tiers résultait que le vendeur restait propriétaire à leur égard tant que les formalités du nantissement n'étaient pas remplies. Celui, dit Bouteiller, qui vend sa tenure, mais en retient encore la saisine par-devers lui et n'en fait *vest* (ensaisinement) à l'acheteur, sachez qu'il est encore sire de la chose (2). » De là cette conséquence importante que, de deux acheteurs d'un même bien, celui qui est *nanti* le premier a la préférence sur l'autre, quoique son contrat soit postérieur en date, et quand même le premier acheteur se serait mis de fait en possession de la chose. C'est ce que décident formellement les coutumes. « Et ne suffit à l'acheteur de soi mettre et immiscer de son autorité privée en l'héritage par lui acquis; de sorte que si le vendeur vendait derechef ledit héritage à autre, auparavant le *vest* baillé audit premier acheteur, en ce cas ledit second acheteur serait fait seigneur de la chose vendue (3). » Telle est aussi la conséquence, dans notre droit, du principe de la transcription; l'acte de vente non transcrit ne peut être opposé aux tiers, dit notre loi hypothécaire. Quels sont les tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription? Nous dirons plus loin que la question est controversée dans notre droit. Dans l'ancienne jurisprudence, on décidait que les créanciers chirographaires du vendeur pouvaient saisir le bien vendu tant que l'acheteur n'était pas ensaisiné. C'est, dit très-bien l'auteur du *Répertoire*, la conséquence logique du principe en vertu duquel un second acheteur qui a pris saisine est préféré à un premier acheteur qui n'est pas ensaisiné; le vendeur reste sei-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, § II, nos I et IV (t. XXI, p. 68 et 70).
(2) Bouteiller, *Somme rurale*, livre I, chap. VII, p. 397.
(3) Voyez les témoignages dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissemen*, § I, no II (t. XXI, p. 69).

gneur de la chose, elle est donc dans son patrimoine et, partant, ses créanciers peuvent la saisir. Il y a un arrêt du parlement de Paris en ce sens (1).

Notre loi hypothécaire fait une restriction à ce principe : pour qu'un tiers puisse se prévaloir du défaut de transcription, il faut qu'il soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ignore le fait de la première vente. On admettait le même principe dans toutes les coutumes de nantissement. « Si, dit un avocat au conseil souverain de Mons, le même fief a été vendu à deux diverses personnes, et que le second acheteur ait su, lors de son contrat, que la vente du même fief était déjà faite à un autre, quoique ce second en ait été le premier investi, il est certain qu'en ce cas la seconde vente est nulle et que le second acheteur est tenu de remettre le fief au premier (2). » Le premier éditeur du *Répertoire* auquel Merlin a attaché son nom, Guyot, dit, à l'appui de cette restriction, que le dol ne doit jamais tourner à l'avantage de celui qui l'a employé. Il y a dol, en ce sens que le second acheteur n'est pas de bonne foi; il aurait dû s'abstenir d'acheter, puisqu'il savait que la chose avait déjà été vendue à un premier acheteur (3).

17. Quels actes étaient soumis aux formalités des devoirs de loi? Notre loi hypothécaire exige la transcription de tous les actes translatifs de droits réels immobiliers. Telle était aussi la règle des coutumes de nantissement. On lit dans les Chartes générales du Hainaut (chap. XCIV, art. 1er) : « Personne ne pourra vendre, échanger, donner, charger, bailler à rente, ni en autre manière aliéner ses fiefs, que par déshéritance, par-devant les seigneurs ou baillis et hommes de fief dont ils seront tenus. »

Notre loi ne soumet à la transcription que les actes entre-vifs; la transmission par voie d'hérédité ne doit pas être rendue publique. Il en était de même dans les coutumes de nantissement, au moins pour les successions *ab intestat*. Les devoirs de loi, disait-on, sont inutiles pour transférer les biens du défunt à son héritier légitime, parce

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, § I, n° II (t. XXI, p. 70).
(2) Cogniaux, *Pratique du retrait*, p. 97.
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, § I, n° II (t. XXI, p. 69).

que la loi l'en saisit de plein droit. Il y avait néanmoins quelques coutumes du Hainaut qui exigeaient le nantissement de l'héritier dans les successions collatérales. Ces successions paraissaient moins favorables que les successions directes. De celles-ci on peut dire, avec nos anciennes coutumes, que c'est Dieu qui fait les héritiers et qui les saisit; tandis que les successions collatérales sont déjà plus ou moins arbitraires, puisqu'elles s'arrêtent à un certain degré de parenté fixé par la loi; or, la loi, qui fixe le douzième degré, pourrait aussi fixer le quatrième. Par une conséquence logique de ce principe, on décidait que les partages n'étaient pas assujettis à la formalité des œuvres de loi. En effet, le partage ne transfère point la propriété, il déclare seulement les biens que les copartageants tiennent directement de la loi ou de Dieu, comme disent nos coutumes; les partages devaient donc rester hors de la règle, parce que les successions n'y étaient pas comprises. Il y avait cependant une coutume du Hainaut qui exigeait le nantissement même pour les partages (1). C'est ce principe qui a prévalu dans notre loi hypothécaire.

Notre loi hypothécaire a étendu cette exception à la succession testamentaire. Il en était de même dans la plupart des coutumes de nantissement; toutefois il y avait des coutumes belges qui appliquaient les devoirs de loi à la transmission par testament. L'une de ces coutumes voulait même que le testateur se déshéritât judiciairement des biens dont il disposait; ce qui était très-logique, car il ne suffit pas pour le nantissement que celui qui acquiert soit saisi, il ne peut l'être qu'après que son auteur s'est dessaisi. Il résultait de la nécessité du nantissement une conséquence très-dangereuse pour le légataire, c'est que, si l'héritier aliénait la chose léguée avant que le légataire en fût nanti par les œuvres de loi, la vente était valable, le légataire n'avait qu'une action personnelle contre l'héritier, action qui pouvait être inefficace (2). C'est cette conséquence qui a arrêté

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, § I, n° VI (t. XXI, p. 78, 6°, et p. 79, 7°).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, § I, n° VI (t. XXI, p. 79, 8°).

le législateur belge : la nécessité de transcrire pour devenir propriétaire à l'égard des tiers aurait mis le légataire à la merci d'un héritier de mauvaise foi.

18. Quant aux actes entre-vifs, les coutumes de nantissement ne différaient guère de notre législation moderne : tout acte translatif de droits réels immobiliers était soumis aux devoirs de loi. Telle était notamment l'emphytéose, qui, dans l'ancien droit, était perpétuelle ; ce qui lui donnait les apparences de la propriété. Les coutumes déclaraient immeubles les emphytéoses *réalisées* par devoirs de loi, et meubles celles qui n'avaient pas été *réalisées;* c'est-à-dire que l'emphytéote n'avait qu'un droit personnel contre le bailleur tant que les formalités du nantissement n'avaient pas été remplies; de sorte que tout successeur singulier pouvait l'évincer, c'est seulement par les œuvres de loi qu'il acquérait un droit contre les tiers.

Il en était de même des servitudes personnelles et réelles; elles sont un démembrement de la propriété; donc l'établissement d'une servitude est un acte d'aliénation et, à ce titre, soumis à la formalité du nantissement. Voet l'atteste pour les coutumes belgiques; c'est par erreur que Grotius a prétendu que les formalités du *vest* et du *devest* étaient inutiles en cette matière.

Toutes les coutumes de Belgique s'accordaient à prescrire le nantissement pour la validité des hypothèques. C'est une conséquence logique du principe de publicité, puisque l'hypothèque intéresse essentiellement les tiers auxquels le créancier hypothécaire est préféré. Il n'en était pas de même dans les coutumes françaises. On disait que la publicité répugne aux pays latins; c'est un exemple curieux de la puissance de la tradition romaine. Un édit de Louis XV (juin 1771, art. 35) abrogea l'usage des saisines et nantissements pour acquérir hypothèque et préférence, dérogeant à cet effet à toutes les coutumes à ce contraires(1). Ainsi la France, à la veille de la révolution, revenait au principe de la clandestinité romaine en matière d'hypothèques! Cela explique les défaillances du conseil d'Etat et

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Nantissement*, t. XXI, p. 67 et 85.

les étranges préjugés des meilleurs jurisconsultes qui y siégeaient : pour eux le nantissement était une barbarie féodale, et c'était un progrès que de l'abolir.

Enfin il y avait des coutumes où il était d'usage de nantir les baux. La loi belge a généralisé cette règle ; bien que le bail ne donne jamais au preneur un droit dans la chose, les tiers sont intéressés à le connaître comme ils ont intérêt à connaître les charges réelles qui grèvent les immeubles.

19. Dans tous les pays de nantissement, les devoirs de loi devaient s'accomplir devant les juges fonciers ; ils n'étaient pas de la compétence des notaires. Au XVIIe siècle, Louis XIV ayant créé dans la ville d'Avesnes six offices de notaire, ces officiers obtinrent un arrêt sur requête qui les autorisait à donner, dans les contrats qu'ils recevaient, les déshéritances et adhéritances, et ordonnait qu'elles auraient le même effet que si elles eussent été accordées par les hommes des cours féodales ou échevinales de qui les biens étaient tenus. Le bailli et le greffier de la pairie d'Avesnes se rendirent opposants à cet arrêt ; ils invoquèrent les coutumes du Hainaut, qui exigent impérieusement des devoirs de loi pour l'acquisition d'un droit réel de propriété. Les notaires ne le contestaient pas, mais ils prétendaient que c'était satisfaire aux dispositions des coutumes que d'insérer, dans les contrats qu'ils recevaient, les actes de déshéritance et d'adhéritance avec les mêmes termes que s'ils étaient passés par-devant les gens de justice des lieux. Ils se trompaient grossièrement en cela, disaient les opposants. En effet, la validité de ces actes n'était pas une question de style ; il fallait avant tout que ceux qui les recevaient eussent qualité pour les recevoir. Or, les coutumes veulent que les actes de déshéritance et d'adhéritance soient faits par-devant les gens de justice ; et c'est pour de bonnes raisons que le nantissement doit être un acte judiciaire, car c'est un acte *public* et *solennel* ; tandis que les actes du ministère des notaires restent secrets. La publicité et la solennité sont les seuls moyens d'obvier aux fraudes et aux tromperies. Le parlement de Metz fit droit à l'opposition, et, tout en permettant aux notaires de recevoir toutes sortes de contrats et d'actes, tant pour droits réels que personnels,

décida que les parties n'acquerraient aucun droit réel en vertu desdits contrats, avant de les avoir fait réaliser pardevant les baillis et hommes de fief pour les fiefs, et pardevant les maires et gens de lois pour les rotures (1).

Voilà pourquoi on ne pouvait procéder aux devoirs de loi que dans l'auditoire de la justice seigneuriale. Il est vrai que les devoirs de loi appartiennent à la juridiction volontaire, et, en général, les actes de cette nature peuvent être passés par les juges, en quelque endroit que ceux-ci se trouvent. On faisait exception à cette règle pour les devoirs de loi ; un placard du 9 mai 1618 prononce la nullité du nantissement en cas de contravention. Les anciens auteurs donnent comme raison l'ignorance des juges de village, souvent choisis dans la classe des artisans, et capables des plus grands abus si on leur permettait d'agir à l'ombre. Il faut ajouter que la clandestinité eût été en contradiction ouverte avec le caractère du nantissement, qui devait, par son objet, être public et solennel, comme nous venons de le dire.

20. Dans les provinces belgiques, chaque espèce de biens était soumise à un tribunal particulier. Les fiefs dépendaient de la cour féodale, composée du bailli et des hommes de fief ; les rotures ou mainfermes ressortissaient à la cour échevinale, composée d'un prévôt ou mayeur et des censitaires ou seigneurs. Ainsi le nantissement des fiefs se faisait devant la cour féodale, et celui des rotures devant la cour échevinale (2).

Les devoirs de loi consistaient en une *dessaisine* et une *saisine*, que l'on appelait aussi *déshéritance* et *adhéritance*, *vest* et *devest*. Il s'ensuit que les deux parties devaient comparaître en justice, l'une pour se dessaisir, l'autre pour être saisie. La formalité du nantissement consistait dans une tradition symbolique : le vendeur mettait entre les mains du chef de la juridiction un bâton, symbole de l'héritage, et le juge le mettait, à son tour, entre les mains de l'acheteur. C'était l'ancienne saisine féodale ; quoique faite en

(1) Merlin. *Répertoire*, au mot *Devoirs de loi*, § I, n° XI (t. VIII, p. 39).
(2) Merlin. *Répertoire*, au mot *Devoirs de loi*, § II, n° I (t. VIII, p. 45).

justice, et, à ce titre, publique et solennelle, cette mise en possession ne suffisait point pour donner de la publicité à la transmission des propriétés immobilières, car la saisine était un acte passager dont les tiers intéressés pouvaient n'avoir aucune connaissance. Il fallait un complément à la saisine, un acte qui la constatât et qui fût public. Acte était dressé des devoirs de loi; il devait contenir une déclaration exacte de chaque partie de l'héritage vendu, en marquant l'étendue et la limite des biens; si l'acte était conçu en termes généraux, on en pouvait demander la nullité. C'est le principe de la spécialité en matière d'hypothèques, principe qui se lie intimement à celui de la publicité, les deux bases de notre régime hypothécaire. Et ce qui est vrai en matière d'hypothèques, l'est aussi en matière de transmission de droits réels immobiliers; les tiers doivent savoir d'une manière précise quel est l'héritage aliéné ou chargé d'un droit réel (1).

Notre loi hypothécaire n'admet à la transcription que les actes authentiques. De même on ne pouvait nantir que les actes authentiques; les contrats en vertu desquels se passaient les devoirs de loi devaient être authentiques, et s'ils étaient sous seing privé, il fallait qu'ils fussent reconnus en justice (2). Les auteurs anciens n'en donnent pas la raison; à une époque où l'ignorance était encore plus grande qu'aujourd'hui, les actes sous seing privé mal rédigés auraient été une source de procès, ce qu'ils sont déjà par leur nature même, puisqu'ils ne font pas foi et qu'il suffit de dénier la signature ou l'écriture pour leur enlever toute force probante.

Enfin les actes devaient être enregistrés au greffe du tribunal qui les avait reçus. C'est la condition la plus essentielle de la publicité; les registres étaient communiqués indifféremment à tout le monde. Les tribunaux firent des règlements, comme ils en avaient le droit dans l'ancienne jurisprudence; et les rois publièrent des ordonnances pour

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Devoirs de loi*, § I, n° I (t. VIII, p. 36); § III, n° I, p. 51.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Devoirs de loi*, § III, n° II (t. VIII, p. 53).

prescrire l'enregistrement, ou ce que nous appelons aujourd'hui la transcription, ainsi que pour empêcher que les registres ne fussent altérés. C'est absolument le système de notre législation (1).

N° 2. LE NANTISSEMENT ET LA SAISINE FÉODALE.

21. L'un des auteurs du code civil, Bigot-Préameneu, représente le nantissement coutumier comme le résultat de l'oppression féodale. Les seigneurs, dit-il, afin de multiplier leurs droits de mutation, ont assimilé la constitution d'hypothèque à une aliénation effective, et ont entravé les transmissions de la propriété par mille formalités, pour qu'aucune n'échappât à leur avide surveillance. On a répondu, avec raison, que c'est fausser entièrement la vérité de l'histoire (2). On peut sans doute reprocher la fiscalité au régime féodal; on doit toutefois se rappeler qu'il n'y avait point d'impôts généraux sous ce régime, les seigneurs n'avaient que des droits et des redevances; ils cherchèrent à les augmenter, et il est assez naturel qu'ils aient profité des mutations de la propriété immobilière pour percevoir un droit. Nous aurions mauvaise grâce de leur en faire un reproche, puisque nous avons maintenu le droit en le convertissant en impôt. Quant à la formalité du nantissement ou de la transcription que le code civil a abrogée, elle date, il est vrai, de la féodalité, mais elle n'a rien de commun avec l'oppression féodale. Les devoirs de loi sont par eux-mêmes un bienfait, car ils consacrent la publicité, qui seule sauvegarde les droits des tiers et assure le crédit public; tandis que la clandestinité du code civil compromet tout ensemble les droits des tiers et l'intérêt de la société. Certes le principe de la publicité n'est pas responsable de la fiscalité féodale. Il fallait le maintenir, en abolissant les abus du fisc, ou en modérant du moins ses exigences.

L'origine féodale de la transcription, qui le croirait? a

(1) Brillon, *Dictionnaire des arrêts*, au mot *Ensaisinement*. Merlin, au mot *Devoirs de loi*, § III, n° V (t. VIII, p. 53).
(2) Troplong, *Privilèges et hypothèques*, préface, p. 7 (édit. belge).

été l'un des arguments que l'on a opposés en France, en 1855, au rétablissement de la transcription (1). Il ne vaudrait pas la peine de mentionner cette singulière objection, si ce n'était pour montrer combien l'ignorance de l'histoire est grande et combien il importe de fortifier les études historiques. Pourquoi, disait-on au Corps législatif, le nantissement était-il prescrit par certaines coutumes? C'est qu'il n'y avait pas de terre sans seigneur. Le seigneur ne pouvant ni aliéner ni amoindrir sa seigneurie, on imagina de diviser le droit de propriété et de distinguer entre le *domaine utile* et le *domaine direct :* le seigneur conservait le second et disposait du premier. On ne pouvait devenir acquéreur qu'après s'être fait agréer par le seigneur. C'est cette formalité qui, dans le droit intermédiaire, fut remplacée par la transcription. Dans le droit nouveau, il n'y avait plus à s'occuper de ces débris du régime féodal. Voilà pourquoi le code pose en principe que la vente est parfaite par le seul consentement des parties. Vouloir rétablir la transcription, c'est reconstituer en quelque sorte la féodalité, en séparant de nouveau le domaine direct et le domaine utile.

Hâtons-nous d'opposer la vraie histoire à l'ignorance de l'histoire. L'origine féodale du nantissement est incontestable; est-ce à dire qu'il faille répudier la transcription qui l'a remplacé? Tout notre état social, à commencer par notre liberté, a son principe dans le régime féodal : qui songerait à répudier nos institutions politiques parce qu'elles procèdent de la féodalité? Déjà avant la révolution de 1789, il n'y avait plus rien de féodal dans le nantissement que les noms de fief et de cour féodale que les coutumes avaient maintenus. En veut-on la preuve? Les anciens jurisconsultes discutaient la question de savoir si les francs alleux étaient soumis aux formalités du nantissement? Non, disait-on, car les seigneurs n'ont pas été propriétaires des terres allodiales, ou ils n'en ont plus le domaine direct; donc l'aliénation de ces terres se fait sans

(1) Séance du Corps législatif du 13 janvier 1855 (analysée par Troplong, *De la transcription*, p. 66).

les solennités des dessaisines et saisines. Cependant les coutumes du Hainaut, féodales par excellence, prescrivaient pour les alleux des formes analogues à celles que l'on observait pour les fiefs : chaque mutation de propriété se faisait en présence de deux francs alloëtiers, espèce d'officiers qui avaient sur ces biens la même juridiction que les baillis et hommes de fief avaient sur les fiefs, et les mayeur et échevins sur les mainfermes. On ne pouvait donc pas plus aliéner un alleu qu'un fief sans œuvres de loi. Preuve que la saisine féodale s'était transformée quant à sa signification et son but. Il ne s'agissait plus de sauvegarder la souveraineté directe du seigneur, mais de garantir les intérêts des tiers. C'est ce que déclaraient formellement le placard de Charles-Quint du 10 février 1538 et celui de Philippe II du 6 décembre 1536, qui prescrivent le nantissement pour tous actes qui aliènent ou chargent un héritage ; il y est dit que ces formalités ont pour objet de prévenir les fraudes et les stellionats. Ainsi dès le XVI[e] siècle, il n'est plus question de la souveraineté directe des seigneurs ; l'intérêt général a pris la place des intérêts féodaux ; aussi ne trouvait-on, dans les lois belgiques, aucune trace de distinction entre les alleux et les fiefs, en ce qui concerne les formalités des dessaisines et des saisines ; et la raison en est très-simple ; l'intérêt des tiers exigeait la publicité de toute aliénation, quelle que fût l'origine des biens, que ce fussent des francs alleux ou des fiefs.

22. Voilà la vraie histoire, et chose remarquable, elle est exposée dans le *Répertoire* de Merlin, là même où l'auteur constate l'origine féodale du nantissement (1). Il faut encore remonter plus haut, si l'on veut constater les origines des devoirs de loi : la saisine féodale est déjà une transformation de la saisine germanique ; on doit donc pénétrer dans les forêts de la Germanie pour trouver les premières formes d'une institution qui est, à juste titre, considérée comme une base du crédit. Voilà comment on devrait écrire l'histoire. Quand elle n'est qu'un recueil de

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Devoirs de loi*, § I, n° VI (t. VIII, p. 36).

faits, sans en faire connaître la filiation et la signification, alors c'est une science à peu près inutile; elle devient, au contraire, la plus importante des sciences quand elle établit par les faits la loi du développement progressif de la vie humaine sous toutes ses faces. C'est ce que Montesquieu a fait pour les institutions féodales; il en a trouvé les racines dans les forêts de la Germanie, et les historiens philosophes font aujourd'hui de même pour la liberté et ses garanties. Est-ce à dire qu'il faille célébrer la barbarie germanique et l'oppression féodale? Non, certes; c'est la Providence divine qu'il faut célébrer, en montrant Dieu dans l'histoire, comme nous le découvrons en nous-mêmes, guidant et inspirant les individus et les nations. Il n'y a pas de spectacle plus merveilleux et plus instructif que l'histoire ainsi considérée.

Aujourd'hui la propriété se transfère par le seul effet du contrat, c'est-à-dire de la volonté des parties contractantes. Les peuples barbares ne comprennent pas que la propriété change de main par la seule force du consentement; ils ne connaissent guère que la propriété mobilière, et cette propriété se transmet de la main à la main, le vendeur se dessaisit de la chose et l'acheteur en est saisi. Tel est le premier germe de la dessaisine et de la saisine féodales. Quand la propriété s'étend aux fonds de terre, on applique à la transmission qui s'en fait les mêmes idées et, autant que possible, les mêmes formes. Comme on ne peut pas les transmettre de la main à la main, on livre le gazon à l'acheteur, c'est le symbole de la terre; on lui remet une branche d'arbre, c'est le signe des fruits qui naissent du sol, le signe qui frappait le plus nos ancêtres, puisqu'il leur rappelait la forêt qui leur tenait lieu de ville; ou c'est un bâton, un couteau, un glaive, marque de la maîtrise que le vendeur transporte à l'acheteur. Par lui-même ce symbolisme est impuissant, c'est un fait passager qui ne laisse aucune trace dans la mémoire des hommes. Voilà pourquoi on fait intervenir des hommes libres, rachimbourgs, *boni homines*, qui représentent la tribu, et donnent de la solennité et, par cela même, de la fixité aux transmissions immobilières. Il y a encore un élément qui

manque pour compléter ces formalités, c'est l'acte qui constate ce qui s'est passé et en fournit la preuve. L'écriture étant ignorée, il ne pouvait être question d'acte ni d'enregistrement, mais ce complément de la tradition se fera par la force des choses, dès que la connaissance de l'écriture se sera répandue (1).

Il va sans dire que les formalités de la saisine germanique sont étrangères à l'idée qui domine dans la transcription moderne, la garantie de l'intérêt des tiers. Toutefois l'on peut dire que le premier germe de la publicité se trouve dans la présence des témoins à la mise en possession de l'acheteur. Sans doute ceux qui exigèrent que les rachimbourgs assistassent à ce drame de la transmission de la propriété, ne songeaient pas à assurer les droits des tiers, toujours est-il qu'il en résultait une certaine notoriété : c'est le germe providentiel d'où sortira plus tard la publicité moderne.

23. La saisine germanique présente tous les éléments de la saisine féodale. On pourrait l'affirmer, abstraction faite des témoignages qui l'attestent, c'est la logique de l'histoire qui le veut ainsi; la féodalité n'est pas autre chose que l'élément germanique transporté dans la conquête et constituant la société d'après les sentiments et les idées des conquérants. Consultons l'ancien coutumier d'Artois. Nous y voyons le juge assis sur un siége doré et tenant de la main un bâton dont l'acheteur, à genoux devant lui, tient l'autre bout, tandis que les hommes ou jugeurs, au nombre de quatre, sont debout derrière l'acheteur et en face de lui. Voilà la saisine féodale en action; tous les traits de la saisine germanique s'y rencontrent: une tradition symbolique se faisant en présence des hommes de fief, qui constituent la cour féodale avec le seigneur. Celui-ci est un nouveau personnage, qui ne figurait pas dans les antiques usages de la Germanie; il est le représentant de la souveraineté, telle que les conquérants la comprennent. Pas de souveraineté générale; la puissance

(1) Voyez les témoignages dans Pardessus, *Loi salique*, p. 616, suiv. Troplong, dans la *Revue de législation*, t. X, p. 154; Troplong, *De la transcription*, p. 166-167.

souveraine attachée à la propriété; chaque baron est roi dans sa baronnie, mais ce roi n'a pas de sujets, il n'a que des vassaux, et lui-même est un vassal. La propriété est tout ensemble souveraine et dépendante; elle n'est plus ce qu'elle était chez les Romains, un droit absolu et indépendant, chaque propriétaire dépend d'un suzerain dont il est le vassal et de qui il tient sa terre, car il n'y a point de terre sans seigneur. Comment, dans cet ordre de choses, se prouve la transmission de la propriété? Le vassal ne peut pas disposer à lui seul de son fief, car il n'est pas seul propriétaire; le seigneur dont il relève est suzerain des terres comme des personnes, pour mieux dire, il est suzerain des personnes parce qu'il l'est des terres; le système féodal n'est autre chose qu'une organisation particulière de la propriété. Dans cet ordre d'idées, le vassal ou propriétaire qui veut vendre son fief doit commencer par le remettre entre les mains du seigneur de qui il le tient, c'est la dessaisine; puis le seigneur investit ou saisit l'acquéreur à qui il concède le fief, c'est la saisine. C'est une nouvelle forme de la saisine germanique; il y a un nouvel acteur, le seigneur suzerain; la présence de ce personnage marque qu'il s'est opéré un changement profond dans l'ancienne saisine. Ce n'est plus le vendeur qui est en face de l'acheteur; les deux parties sont en présence du suzerain, lequel n'agit jamais seul, il procède à l'investiture dans sa cour; la transmission de la propriété se fait dans des formes judiciaires. C'est un élément de publicité de plus. Toute la société féodale figure dans le drame de l'investiture, le suzerain et ses vassaux. Ces formes judiciaires deviennent le principe du nantissement coutumier, lequel doit se faire en justice. La transformation réalise un progrès capital, en ce qui concerne la transmission de la propriété. Depuis l'invention de l'écriture, la justice ne procède pas sans dresser acte de ce qu'elle fait ou de ce qui se passe devant elle; elle a ses registres, sur lesquels tout est acté. La transmission de la propriété féodale, l'acte le plus important de la société féodale, puisqu'elle investit le vassal d'un droit de souveraineté, devait trouver sa place dans ces registres. Pour compléter la publicité, il ne res-

tait qu'à permettre aux tiers d'en prendre communication. Cela est de droit pour toute procédure judiciaire, donc aussi pour la transmission faite, dans les cours féodales, de la propriété des fiefs (1).

Nous dirons de la saisine féodale ce que nous avons dit de la saisine germanique. Les seigneurs ne songeaient guère à sauvegarder les intérêts des tiers, quand ils présidaient à l'investiture; ils faisaient acte de souveraineté, et tout en transmettant une propriété souveraine, ils maintenaient leur droit de suzerain, suzeraineté qui finit par devenir nominale, mais qui servait encore à justifier la perception de droits pécuniaires. Bien que la saisine féodale eût pour premier mobile l'intérêt du suzerain, elle fut un pas décisif vers la publicité coutumière. C'est le nantissement avec sa dessaisine et sa saisine, sa déshéritance et son adhéritance; les formes restèrent féodales, mais le nantissement pratiqué dans des pays de commerce et d'industrie avait une tout autre importance que l'investiture conférée dans les cours féodales. Ce que l'intérêt personnel des seigneurs avait introduit devint la base du crédit et la source de la richesse privée et publique.

24. La féodalité régnait sur toute la France, de même que sur toutes les provinces belgiques. Cependant la saisine féodale sous le nom de nantissement ne se maintint qu'en Belgique et dans le nord de la France, l'Artois et le Vermandois. A entendre Troplong, ce fut là une grande conquête sur le matérialisme du droit féodal : « On laissa ce droit formaliste aux habitudes de quelques pays, connus sous le nom de pays de nantissement. Bien que le régime de la féodalité eût éprouvé, dans ces provinces, de profondes altérations, néanmoins l'esprit des peuples en Flandre, en Artois, en Picardie, dans le Vermandois, ne s'était pas détaché de certaines origines germaniques qui y avaient laissé des traces plus profondes qu'ailleurs (2). »

Voilà un étrange progrès! Ce qui prévalut dans la

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 167, n° 5. Merlin, au mot *Devoirs de loi*, § I, n° VI (t. VIII, p. 36), et au mot *Nantissement* (t. XXI, p. 67, n° II).

(2) Troplong, *De la transcription*, p. 169, n° 6.

France coutumière, c'est la clandestinité romaine, et ce qui se maintint dans nos provinces, c'est la publicité des coutumes de nantissement. Cette publicité n'est autre que celle de la transcription. Troplong applaudit au principe de la publicité et il reproche sévèrement aux auteurs du code de l'avoir déserté. Comment peut-il, après cela, célébrer comme un progrès sur le matérialisme féodal l'abandon de la saisine, ce qui impliquait l'abandon de la publicité? De sorte qu'il exalte tout ensemble et qu'il réprouve une seule et même institution! Nous laissons là cette inexplicable contradiction pour revenir à l'histoire. Si la saisine féodale disparut dans la plus grande partie de la France, il y faut voir, non une conquête sur le matérialisme féodal, mais une victoire du droit romain sur une institution qui, par ses formes, rappelait la féodalité. Nous avons dit ailleurs (1) que les légistes romains furent les ennemis mortels du régime féodal, et que, ligués avec la royauté, ils l'emportèrent. Mais la France paya chèrement cette victoire; si elle y gagna l'égalité des classes, elle y perdit la liberté. La suzeraineté des seigneurs disparut, mais ce fut pour faire place à la puissance absolue des rois. Toutes les institutions féodales tombèrent avec le système féodal. Voilà comment les coutumes abandonnèrent la saisine du moyen âge et le nantissement auquel elle avait abouti, pour en revenir à la clandestinité romaine (2). Le culte du droit romain aveuglait les plus grands jurisconsultes. Ceux dont les écrits servirent de guide aux auteurs du code ne tiennent aucun compte d'un usage spécial aux pays de nantissement : c'est la doctrine romaine qui domine dans les écrits de Domat et de Pothier. Mais bien loin que ce fût là une conquête sur le matérialisme du passé, ce fut, au contraire, un recul, un progrès en arrière, comme il s'en fait parfois dans la vie de l'humanité. Ce sont les pays de nantissement, nos provinces attachées aux usages germaniques qui réalisèrent le vrai progrès. Non pas, comme le dit Troplong, parce que les origines ger-

(1) Voyez mes *Etudes sur l'Eglise et la féodalité*.
(2) Troplong, *De la transcription*, p. 128, n° 12.

maniques y avaient laissé plus de traces qu'ailleurs; la moitié de nos provinces sont wallonnes, et les devoirs de loi y étaient usités aussi bien que dans les provinces flamandes. Si nos coutumes maintinrent le nantissement, si nos princes en firent une loi générale, c'est que la publicité est une garantie pour les tiers et, partant, un élément de prospérité et de richesse pour les individus et pour la société. Là est le vrai progrès. Ce progrès s'accomplit dans les provinces belgiques, parce que l'industrie et le commerce y florissaient, et le mouvement des affaires que les relations industrielles et commerciales amènent à leur suite, ne se concilie guère avec la clandestinité romaine.

Nº 3. LA LÉGISLATION.

25. Colbert, ministre du grand roi, n'était certes pas un partisan de la souveraineté féodale. Cependant il eut la pensée « de perfectionner, par une disposition universelle, ce que quelques coutumes avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements ». Ce sont les paroles du préambule de l'édit de 1673. Le célèbre ministre voulait établir le principe de la publicité sans se laisser tromper par les formes que le nantissement avait empruntées au régime féodal. Comment se fait-il que, disposant de la puissance absolue de Louis XIV, il n'ait pas réalisé cette réforme? L'édit de 1673 ne s'occupait que du régime hypothécaire et de la purge des hypothèques; il fut révoqué dès l'année suivante, sous prétexte de la difficulté de son premier établissement (édit de 1674). Il y eut des parlements qui n'enregistrèrent l'édit que sur des lettres de jussion. C'est dire que la publicité trouva une résistance obstinée dans l'aveugle attachement de la magistrature à la tradition romaine, et dans les préjugés moins excusables de la noblesse, laquelle, dépensière et accablée de dettes, ne voulait pas que sa situation immobilière fut mise au grand jour (1). Que d'enseignements dans cette résistance! Il y a encore des hommes qui maudissent la révolution et

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 25, note 2. Troplong, *De la transcription*, p. 182, nº 16.

qui croient que le progrès qu'elle a accompli par la violence, par le sang et les ruines, se serait réalisé pacifiquement par la royauté. Et voilà qu'un roi, tout-puissant annonce l'intention de *perfectionner* la législation immobilière en y introduisant le principe de publicité, et il est obligé de reculer et de révoquer son édit, à cause de la sourde opposition de la noblesse liguée avec les parlements! Décidément l'ancien régime était irréformable. Si le droit civil ne pouvait être perfectionné, à raison des préjugés de vanité, comment aurait-on réformé l'état politique, dont la réformation aurait soulevé l'hostilité de préjugés bien plus puissants?

26. Il fallait, pour réformer la vieille société, un coup de foudre. La nuit du 4 août 1789 fut l'enfantement d'un nouveau monde; le régime féodal fut détruit jusque dans ses derniers vestiges. Dès lors les *devoirs de loi* devenaient impraticables, puisqu'ils supposaient des justices seigneuriales, abolies avec toutes les autres institutions civiles qui avaient leur origine dans la féodalité. Qu'allait devenir le nantissement? S'il était vrai, comme on l'a dit (nº 21), que le nantissement ne fût autre chose que l'abus de la puissance féodale, l'Assemblée constituante, si jalouse d'effacer toutes les traces d'un régime odieux, aurait certainement abrogé les devoirs de loi. Malgré la passion révolutionnaire qui l'inspirait, elle fut plus clairvoyante que les auteurs du code civil. Il n'y avait rien de féodal dans le nantissement que les formes; quant au fond, c'était le principe de publicité appliqué à la transmission des immeubles. L'Assemblée venait de proclamer le principe de publicité dans l'ordre politique; comment l'aurait-elle répudié dans l'ordre civil? Elle fit ce qu'un sage législateur doit faire, en abolissant les formes féodales, impraticables sous le nouveau régime, et en maintenant le principe de publicité sous une forme nouvelle. La loi du 19 septembre 1790 (art. 3) porte : « A compter du jour où les tribunaux de district seront installés dans les pays de nantissement, les formalités de saisine, dessaisine, vest, devest, reconnaissance échevinale, mise de fait, main-assise, plainte à la loi, et généralement toutes celles qui tiennent au nantisse-

ment féodal ou censuel, sont et demeureront abolies; et, jusqu'à ce qu'il en ait été autrement ordonné, la *transcription* des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque en tiendra lieu, et suffira en conséquence pour consommer les aliénations et les constitutions d'hypothèques. »

C'est la première fois que le mot de *transcription* paraît dans les lois. Et c'est une assemblée, ennemie mortelle de la féodalité, qui consacre, sous ce nom, une institution féodale. Voilà encore une fois la main de Dieu dans la vie de l'humanité. C'est qu'il y avait autre chose dans le nantissement que l'oppression féodale ou le matérialisme féodal, il y avait le principe de publicité. Le législateur révolutionnaire abolit les formes, l'écorce du principe, et il maintint le principe. « Lesdites transcriptions, dit l'article 4, seront faites par les greffiers des tribunaux de district de la situation des biens, selon l'ordre dans lequel les grosses des contrats leur auront été présentées, et qui sera constaté par un registre particulier. Et les greffiers seront tenus de communiquer ces registres sans frais aux requérants. »

27. La loi de 1790 était une loi transitoire et locale; elle ne s'appliquait qu'aux pays de nantissement. Ce n'est pas dans une loi de circonstances qu'il convenait de poser les bases de la législation civile. L'économie politique, science nouvelle, née à la fin du XVIIIe siècle, avait concentré ses premiers travaux sur la terre, qu'elle considérait comme la source de toute richesse. Nous laissons de côté les exagérations de la secte des économistes. Toujours est-il qu'elle devait être favorable au principe de publicité, parce qu'il favorisait la circulation des propriétés immobilières. La loi du 9 messidor an III organisa la publicité sur les bases les plus larges, et dans la vue d'imprimer à la circulation des immeubles la même rapidité tout ensemble et la même sécurité qu'à la transmission des valeurs mobilières. C'était vouloir l'impossible: on ne peut pas mobiliser le sol.

La loi de messidor n'eut qu'une courte existence. Elle fut remplacée par celle du 11 brumaire an VII. Celle-ci consacra et généralisa la publicité sous la forme de la tran-

scription. Nous transcrivons l'article 26, que nous aurons plus d'une fois l'occasion de citer : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits sur les registres de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auront contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi. » Tout en empruntant le principe de publicité aux coutumes de nantissement, le législateur de l'an VII le restreignit; il n'assujettit pas à la transcription tous les actes qui transfèrent des droits réels immobiliers, mais seulement les actes concernant les biens susceptibles d'hypothèques. Ce sont les termes restrictifs de l'article 939, que les auteurs du code civil ont empruntés à l'ordonnance de 1735. La publicité coutumière était plus large, et dès que l'on admet la nécessité de rendre publiques les aliénations d'immeubles, il faut que la publicité soit générale et sans exception aucune; la demi-publicité est un non-sens et elle manque nécessairement son but.

28. Nous arrivons au code civil. Il consacre la clandestinité romaine (n° 9). Comment se fait-il que le législateur du XIXe siècle ait déserté la tradition révolutionnaire, qui était aussi la tradition des coutumes de nantissement? Il ne se trouvait pas arrêté, comme Colbert, par des préjugés de caste : il n'y avait plus ni parlements ni noblesse. D'un autre côté, il ne s'agissait pas d'une innovation; la publicité, que le ministre de Louis XIV considérait comme un perfectionnement, existait, elle fonctionnait. Y avait-il des motifs pour l'abolir? La réponse à notre question ne fait pas honneur aux auteurs du code civil; cela est affligeant à dire, mais la vérité doit être dite.

Le projet de code arrêté par la section de législation du conseil d'Etat contenait la disposition suivante : « Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été transcrits ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. » C'était la reproduction de la loi du 11 brumaire an VII (n° 27). Lors de la discussion, Maleville de-

manda s'il résultait de cet article qu'un second acheteur qui aurait fait transcrire serait investi de la propriété au préjudice de l'acheteur plus ancien qui n'aurait pas rempli cette formalité. L'affirmative était évidente, puisque le premier, n'ayant pas transcrit son acte d'acquisition, n'est pas propriétaire à l'égard des tiers, il l'est seulement à l'égard du vendeur; par conséquent, s'il est évincé par un acquéreur qui transcrit, il n'a qu'une action personnelle contre son vendeur. C'est ce que répondit Treilhard, le rapporteur de la section de législation. Jollivet ajouta qu'il résultait encore du système de publicité que le vendeur, une fois la vente transcrite, ne pouvait plus charger d'hypothèques l'immeuble vendu; tandis que si l'acheteur ne transcrivait pas, le vendeur, restant propriétaire à l'égard des tiers, pouvait encore hypothèquer le bien.

Ce sont précisément ces conséquences, dit Tronchet, qui rendent la disposition *désastreuse :* elle aurait les *effets les plus funestes*. Cette violente critique du principe de publicité nous paraît aujourd'hui chose inconcevable. Représenter comme *funeste* et *désastreux* un système qui garantit tous les droits et tous les intérêts, c'est dire que la lumière du soleil est une calamité qui nous prive des bienfaits des ténèbres de la nuit. Qu'est-ce que la lumière a de si *funeste* et de si *désastreux?* J'achète un immeuble sous l'empire d'une loi qui me prévient que si je ne transcris pas, je ne serai pas propriétaire à l'égard des tiers ; que, par suite, mon vendeur reste propriétaire à leur égard et peut, par conséquent, aliéner et hypothéquer la chose; ce qui m'exposera à être évincé par un second acquéreur ou par un créancier hypothécaire. Je trouve bon de ne pas transcrire; je prends donc sur moi les risques de l'éviction. Si je suis évincé, dirai-je que c'est la faute de la publicité, système funeste et désastreux? Cela n'a pas de sens. Je suis évincé parce que je ne suis pas propriétaire à l'égard des tiers; et si je ne le suis pas, c'est parce que je n'ai pas rempli les formalités prescrites par la loi pour le devenir. Ai-je le droit d'accuser la loi quand c'est moi qui suis coupable d'imprudence et de négligence? Tronchet dit : « Il est impossible de justifier une disposition qui expose à de

si grands dangers le droit sacré de propriété, et qui sacrifie un propriétaire légitime à un acquéreur nouveau, à un nouveau créancier. » Est-ce que celui qui n'obéit pas à la loi a le droit de se plaindre de la loi?

On accuse la publicité de compromettre le droit sacré de propriété, alors que la publicité en est la sauvegarde et la garantie. J'achète un immeuble, je crois en être propriétaire. Et voilà qu'un premier acquéreur se présente nanti d'un titre secret, et il m'évince en vertu du *droit sacré de propriété*, car c'est lui qui est propriétaire à l'égard de tous en vertu d'un titre que je ne pouvais pas connaître, puisqu'il était resté caché. Pour le coup, j'ai le droit d'accuser la loi, qui est la cause de mon éviction; car si je suis évincé, c'est un effet de la clandestinité des transactions immobilières. Qui osera acheter avec la crainte d'être évincé et sans avoir aucun moyen de prévenir l'éviction? Si j'achète, je stipulerai un prix moindre à raison du danger qui me menace. Qui donc souffre, en définitive, de la clandestinité? Le propriétaire qui veut vendre. C'est, par conséquent, la clandestinité qui est un système funeste pour le droit sacré de propriété. Supposez qu'au lieu de vendre, le propriétaire veuille emprunter. Je lui prête une somme de 20,000 francs sur hypothèque. Il se trouve que ce propriétaire avait aliéné l'immeuble au moment où il me le donnait en hypothèque. Quand je veux exercer mon droit hypothécaire, on me dit que mon hypothèque est nulle. Je perds ma créance. Voilà l'effet de la clandestinité; elle facilite la fraude; c'est pour l'empêcher que, dès le XVIe siècle, le législateur belge avait ordonné la publicité des actes translatifs de propriété immobilière. Et l'on vient nous dire qu'un système qui prévient la fraude est un système funeste et désastreux! Oui, il peut devenir funeste pour l'acquéreur négligent qui n'obéit pas à la loi. J'achète un immeuble et je ne transcris point. Mon vendeur, resté propriétaire à l'égard des tiers, concède une hypothèque à un prêteur; celui-ci peut m'évincer par l'action hypothécaire. Voilà, dit Tronchet, le droit sacré de propriété compromis! Oui, il est compromis, mais c'est par la faute de l'acquéreur; il doit s'en prendre, non à la loi, mais à sa négli-

gence; si le législateur doit protection au droit de propriété, il n'en doit aucune à l'imprudence.

29. Treilhard répondit à Tronchet. Sa réponse, telle qu'elle est rapportée dans les procès-verbaux de Locré, manque de netteté et de précision. Toutefois elle est décisive. Les avantages de la publicité et les dangers de la clandestinité sont d'une telle évidence, qu'il suffit d'en montrer les conséquences pour les faire toucher du doigt, car ils sont palpables. Nous venons de le faire; il est donc inutile d'analyser le discours de Treilhard. Le consul Cambacérès intervint aussi dans le débat, et, comme d'ordinaire, ce ne fut pas pour l'éclairer; il parla des acquisitions antérieures à la loi du 11 brumaire an VII, en disant que des droits acquis pouvaient être ébranlés par une loi nouvelle. Treilhard avait répondu d'avance que la disposition proposée était étrangère aux anciennes acquisitions. Il y avait une autre réponse à faire, c'est que Tronchet invoquait à tort le principe de non-rétroactivité, parce que, dans l'espèce, il n'y avait pas de droit acquis. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 2. Puis le consul Cambacérès fit une critique de détail qui ne touchait pas au principe de publicité. Il supposait que le vendeur aliénait un fonds qui ne lui appartenait pas; ce qui, dit-il, arrive assez souvent à la campagne, où il se fait des empiétements journaliers; le consul demanda qu'il fût dit dans la loi que la transcription du contrat ne transfère pas à l'acheteur la propriété, lorsque le vendeur n'était pas propriétaire : ce qui n'était pas douteux. Ces propositions furent adoptées par le conseil, et le projet fut renvoyé à la section de législation pour le rédiger dans le sens des amendements du consul (1).

La publicité proposée était donc admise en principe, avec ces deux explications qu'elle ne préjudiciait pas aux anciennes acquisitions et qu'elle n'empêchait pas le véritable propriétaire de revendiquer si le vendeur n'était pas propriétaire de la chose vendue. Que se passa-t-il dans la section de législation? Fit-elle un rapport? et le conseil rejeta-

(1) Séance du conseil d'État du 10 ventôse an XII, n° 24 (Locré, t. VIII, p. 217).

t-il le principe de publicité après une nouvelle discussion? Si l'on s'en tient aux procès-verbaux de Locré, il faut dire non; il n'y eut ni rapport, ni discussion, ni vote. Est-ce que la section de législation oublia de faire un rapport? C'est la supposition la plus probable. Treilhard, le rapporteur, ne brillait pas par l'exactitude. Troplong croit qu'il y eut un malentendu, ou un escamotage (1). Un malentendu s'explique difficilement, et un escamotage encore moins. C'est la section de législation qui avait proposé le principe de publicité, son rapporteur l'avait défendu au sein du conseil d'Etat. C'était à elle de le reproduire, en y ajoutant les amendements de Tronchet et de Cambacérès, qui n'étaient que des explications. Toujours est-il que la question capitale du régime hypothécaire s'est trouvée décidée par le silence du code, dans le sens de la clandestinité, après que le conseil avait adopté implicitement le principe de publicité. Il y a là une légèreté inexcusable.

30. La clandestinité n'est pas un principe, c'est un vice. On ne peut pas même imputer ce vice aux auteurs du code, car la clandestinité n'a pas été votée par le conseil. Toujours est-il que c'est le grand défaut du code civil. On s'en est aperçu dans tous les pays où la législation française fut introduite; partout le régime hypothécaire a été modifié dans le sens de la publicité plus ou moins large des actes translatifs de droits réels immobiliers. En France, une enquête se fit, en 1841, sur la révision du régime hypothécaire; les cours d'appel furent consultées, et se prononcèrent presque à l'unanimité en faveur de la transcription; il n'y eut que deux cours qui prirent parti pour la clandestinité romaine : c'étaient des cours du midi, celles de Bordeaux et de Toulouse. Elles ne se doutaient pas que la clandestinité était un vice du droit romain. Il serait injuste néanmoins de lui en faire un reproche. La publicité est une question de crédit, et l'idée du crédit ne pouvait pas naître chez le peuple de Mars, qui avait pour mission de conquérir le monde et de le gouverner. Les projets de réforme hypothécaire proposés en France n'aboutirent pas; mais,

(1) Troplong, *Privilèges et Hypothèques*, préface, p. 13, suiv.

comme toutes les commissions, parlementaires et gouvernementales, avaient été d'accord pour admettre le principe de publicité, on détacha du projet de loi hypothécaire les dispositions concernant la transcription. C'est l'objet de la loi française du 23 mars 1855. Publiée quinze ans après notre loi hypothécaire, elle consacre le même principe, mais avec des modifications dont il faut tenir compte, si l'on veut mettre à profit les ouvrages publiés sur la matière (1), ainsi que la jurisprudence française.

CHAPITRE II.

DE LA TRANSCRIPTION.

SECTION I. — Des actes soumis à la transcription.

§ Ier. *Le principe.*

31. Tout acte que les tiers ont intérêt à connaître doit-il être transcrit? Non; la loi définit les actes dont elle prescrit la publicité, et il n'y a que ces actes qui doivent être rendus publics par la voie de la transcription. Il y a d'autres actes que la loi soumet aussi à la publicité, mais par une autre voie que celle de la transcription. Enfin il y a des actes qui intéressent les tiers et qui néanmoins ne doivent pas être rendus publics. De là suit qu'il faut s'en

(1) Nous citerons les plus importants :
Flandin, *De la transcription en matière hypothécaire*, 2 vol. in-8° (Paris, 1861);
Mourlon, *Traité théorique et pratique de la transcription*, 2 vol. in-8° (Paris, 1862);
Troplong, *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription*, 2e édition, 1 vol. in-8° (1864);
Verdier, *De la transcription hypothécaire*, 2 vol. in-8° (Paris, 1864).
Rivier et Huguet, *Questions sur la transcription en matière hypothécaire*, 1 vol. in-8° (1856).

tenir strictement au texte pour décider quels actes doivent être transcrits. Cela est aussi fondé en raison. Quand un acte est soumis à la transcription, et qu'il n'a pas été transcrit, il ne peut être opposé aux tiers, la loi le considère comme n'existant pas à leur égard. Or, il n'y a que le législateur qui puisse destituer de toute efficacité, à l'égard des tiers, des actes qui sont valables en eux-mêmes et qui produisent tous leurs effets entre les parties contractantes. Pourquoi le législateur enlève-t-il à ces actes tout effet à l'égard des tiers? C'est dans un intérêt général, l'intérêt du crédit particulier et public. Or, la loi seule est gardienne de l'intérêt de la société; l'interprète doit donc, en cette matière, s'en tenir strictement à la disposition de la loi. Ne sont soumis à la transcription que les actes dont la loi prescrit la publicité sous cette forme.

32. L'article 1er de la loi hypothécaire porte : « Tous *actes* entre-vifs à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, seront transcrits. » La première condition requise pour qu'il y ait lieu à la transcription est donc qu'il existe un *acte* translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers. Qu'entend-on par *actes* en cette matière? Ce sont les écrits constatant une convention translative ou déclarative de propriété immobilière. C'est le sens ordinaire du mot *actes*, que la loi distingue en actes authentiques et actes sous seing privé. Nous dirons plus loin que, d'après l'article 2, les actes authentiques sont, en principe, seuls admis à la transcription. Il ne suffit donc pas qu'il y ait un contrat translatif de droits réels immobiliers pour qu'il y ait lieu à transcription. Transcrire, c'est copier, et pour copier il faut un écrit que le conservateur puisse transcrire; si les parties n'ont pas dressé d'acte de leurs conventions, elles ne pourront pas remplir les formalités de la transcription; par suite, leurs conventions n'auront aucun effet à l'égard des tiers, la condition sous laquelle elles sont opposables aux tiers ne pouvant être remplie. C'est une grave dérogation au code civil. En principe, l'écrit ne sert que de preuve; une convention verbale qui est prouvée est aussi efficace que si elle était constatée par un acte authentique. Ce principe est modifié par

la loi hypothécaire en ce qui concerne les tiers. La vente verbale d'un immeuble transporte la propriété à l'égard de l'acheteur, elle ne la transporte pas à l'égard des tiers; l'acheteur ne peut pas devenir propriétaire à l'égard des tiers jusqu'à ce que le contrat ait été constaté par un écrit admis à la transcription, et il ne sera propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription. Nous reviendrons sur ce dernier point. Il résulte donc de la transcription que les contrats translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers sont, à certains égards, des contrats solennels; la transcription est une solennité qui doit être remplie dans un intérêt public, et qui ne peut l'être que lorsque les parties ont dressé de leurs conventions un acte admis à la transcription.

58. Du principe qu'il faut une convention translative ou déclarative de propriété immobilière, pour qu'il y ait lieu à transcription, résultent des conséquences très-importantes. Les *faits* qui ne sont pas des conventions ne donnent pas lieu à transcription, bien que la loi y attache la translation de la propriété (1). Tel est le fait de l'occupation. Nous avons dit ailleurs que, dans notre droit français, l'occupation ne reçoit plus d'application aux immeubles (t. VIII, n° 437); cela suffit déjà pour qu'il ne puisse être question de transcription de l'acquisition de la propriété par occupation, car la loi ne soumet à la transcription que les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels *immobiliers*. Et quand même on admettrait l'occupation d'un immeuble, il n'y aurait pas lieu à transcription, car l'occupation est un fait, et les faits ne se transcrivent point.

L'occupation d'un immeuble est le principe de la possession, et la possession conduit à la prescription. De là la question de savoir si l'acquisition d'un immeuble par la prescription est soumise à la transcription. Il faut distinguer entre l'usucapion de dix à vingt ans et la prescription trentenaire. L'usucapion suppose un titre translatif de pro-

(1) Rapport de la commission spéciale qui a préparé le projet de loi sur le régime hypothécaire (Parent, p. 9).

priété (art. 2265); ce titre ne peut être opposé aux tiers que lorsqu'il a été transcrit. Voilà une nouvelle condition de l'usucapion, qui résulte du principe établi par la loi hypothécaire. Sous l'empire du code civil, l'usucapion existait dès qu'il y avait un titre; il suffisait donc que la convention translative de propriété fût prouvée par un acte authentique ou sous seing privé; tandis que, d'après la loi nouvelle, il faut un acte admis à la transcription et transcrit sur les registres du conservateur. C'est une garantie de plus pour le propriétaire contre lequel le possesseur prescrit. Nous y reviendrons.

Quant à la prescription trentenaire, elle repose exclusivement sur la possession; or, la possession est un fait. La loi attache à ce fait l'acquisition de la propriété, quand la possession présente les caractères voulus par la loi et qu'elle a duré pendant trente ans. Peut-on appliquer à la propriété ainsi acquise par le possesseur le principe de la transcription? La négative résulte du texte même de la loi hypothécaire. Elle ne soumet à la publicité que les conventions translatives de propriété immobilière constatées par des *actes*. Or, la possession trentenaire exclut tout acte; donc il ne peut être question de prescription. Est-ce à dire que le possesseur devenu propriétaire ne puisse opposer son droit aux tiers? Il le pouvait sous l'empire du code civil, de même que l'acheteur. La loi nouvelle a dérogé au code en ce qui concerne l'acheteur et tous ceux qui acquièrent la propriété par convention et *actes*; elle n'y déroge pas en ce qui concerne le possesseur qui acquiert la propriété par un fait. La publicité par la voie de la transcription était impossible dans ce cas, et la loi ne peut pas exiger l'impossible. Dira-t-on qu'il résulte de là une anomalie? Un acheteur, quoique propriétaire à l'égard du vendeur, n'est propriétaire à l'égard du tiers que par la transcription; tandis qu'un simple possesseur, sans titre ni bonne foi, devient propriétaire à l'égard de tous par le seul fait de sa possession continuelle pendant trente ans. L'anomalie s'explique. Pour que la possession conduise à la prescription, elle doit réunir les caractères exigés par la loi; or, l'un de ces caractères, c'est la publicité: une possession publique

pendant trente ans offre certainement les mêmes garanties aux tiers que la transcription sur les registres du conservateur. La loi a donc pu, sans inconséquence, maintenir le principe du code sur l'effet de la propriété acquise par la possession; et elle le devait, à moins d'abolir la prescription. Or, la prescription est fondée sur un intérêt général plus grand encore que celui que les tiers ont à connaître les mutations de la propriété immobilière. Nous dirons quel est ce puissant intérêt, au titre qui est le siége de la matière.

34. Il y a encore d'autres faits que la loi place parmi les modes d'acquérir la propriété. Telle est l'accession immobilière; par exemple, l'alluvion. C'est un fait de la nature; et il va sans dire que celui qui acquiert les atterrissements ou accroissements formés par l'action des eaux en devient propriétaire à l'égard de tous, sans qu'il y ait lieu à la publicité de ce mode d'acquisition de la propriété. On ne transcrit pas un fait de la nature; dès lors l'article 1er de la loi hypothécaire est inapplicable, et, par conséquent, on reste sous l'empire du code civil, d'après lequel celui qui devient propriétaire le devient à l'égard de tous.

35. Faut-il placer parmi les faits qui ne doivent pas être rendus publics les conditions soit suspensives, soit résolutoires (1)? Il faut distinguer. L'accomplissement de la condition est un fait qui ne doit pas être rendu public; mais la convention conclue sous condition est soumise à la publicité si elle est translative ou déclarative de droits réels immobiliers. Les contrats conditionnels doivent être transcrits aussi bien que les contrats purs et simples; en effet, la loi dit : *tous actes* translatifs ou déclaratifs; or, un contrat sous condition est translatif de propriété. Cela est d'évidence quand la condition est résolutoire, elle n'empêche pas que le contrat soit pur et simple; il n'y a que la résolution qui est conditionnelle. La condition suspensive suspend la translation de la propriété, mais le contrat n'en est pas moins translatif de propriété; et cela suffit pour qu'il tombe sous l'application de l'article 1er. La propriété sera trans-

(1) Mourlon, *Traité de la transcription*, t. I, p. 30, n° 13.

férée à partir du jour où le contrat a reçu sa perfection par le concours de consentement, puisque la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté (art. 1179). Les tiers ont donc intérêt à connaître le contrat avant l'événement de la condition, car, dès le jour où la convention est parfaite, le créancier peut faire des actes de disposition qui seront valables si la condition s'accomplit; et, de son côté, le débiteur conserve le droit de faire des actes de propriété qui seront valables si la condition défaillit. Les tiers étant intéressés à connaître l'acte conditionnel, la transcription doit s'en faire d'après le texte et l'esprit de la loi (1). Les tiers seraient aussi intéressés à ce que le fait de l'accomplissement de la condition fût rendu public, car c'est cet événement qui leur apprend que le contrat s'est formé définitivement; mais la loi ne prescrit pas cette publicité, parce qu'elle était impossible, le fait pouvant être un fait de la nature ou tout autre fait matériel. Il y a là une lacune dans la publicité légale; c'est aux tiers, prévenus par la publicité de la transcription, de s'informer de l'accomplissement de la condition.

36. Du principe qu'il n'y a que les conventions constatées par des actes qui doivent être rendues publiques suit encore que les acquisitions qui se font en vertu de la loi ne sont pas soumises à la transcription. La loi n'est pas un fait, comme les faits dont nous venons de parler; mais les acquisitions qui se font en vertu de la loi ne résultent pas de conventions ni d'*actes*; donc l'article 1er de la loi n'est pas applicable; on reste, par conséquent, sous l'empire du code civil qui, en général, ne prescrit pas la publicité.

L'envoi en possession définitive des biens d'un absent donne aux envoyés le droit de disposer des biens de l'absent, ils sont propriétaires à l'égard des tiers. Ceux-ci ont donc intérêt à connaître l'envoi, et la loi aurait pu facilement organiser la publicité en cette matière. Elle s'est contentée de la publicité qui précède l'envoi en possession provisoire. Comme l'envoi en possession définitive se pro-

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 23, n° 14. Troplong, *De la transcription*, p. 221, n° 54.

nonce par un jugement, on pourrait soutenir que ce jugement doit être transcrit en vertu de l'article 2 de la loi hypothécaire, qui prescrit la transcription des jugements tenant lieu de conventions ou de titres pour la transmission des droits réels immobiliers. Nous dirons plus loin quel est le sens de cette disposition, assez mal rédigée; elle concerne les jugements qui constatent une vente ou un partage faits verbalement. La loi suppose donc qu'il existe une convention translative ou déclarative de propriété immobilière, ce qui exclut les jugements prononçant l'envoi en possession des biens d'un absent. On ne peut pas même dire que les envoyés deviennent propriétaires des biens, car si l'absent revient, ils doivent les lui rendre. Donc sous aucun rapport l'article 1er de la loi n'est applicable. Seulement la loi aurait dû prescrire la publicité de l'envoi définitif, puisque les tiers y ont intérêt; et la loi hypothécaire aurait même pu ordonner la transcription de ces jugements, puisque en réalité ils forment le titre en vertu duquel les envoyés possèdent, jouissent et disposent des biens.

Dans le cas de divorce par consentement mutuel, la propriété de la moitié des biens de chacun des deux époux est acquise *de plein droit*, du jour de leur première déclaration, aux enfants nés de leur mariage (art. 305). Les enfants deviennent propriétaires en vertu de la loi, et ils le deviennent à l'égard de tous, sans que la loi prescrive aucune publicité de cette transmission de propriété. Il est certain que la loi hypothécaire est inapplicable (t. III, n° 291). C'est une lacune qu'il eût été facile de combler. Les auteurs du code civil avaient prévu la difficulté, ils ne l'ont pas résolue; l'esprit de publicité est étranger au code. Quant au législateur belge, il n'a dérogé au code civil que pour les contrats. Il eût été plus logique d'organiser un système complet de publicité, comprenant même les acquisitions faites par la loi dans les cas où ces acquisitions se prêtent à la formalité de la transcription.

Les père et mère ont la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans (art. 384). Cet usufruit leur appartient en vertu de la loi, sans aucune publicité (t. VI, n° 348). Le défaut de publicité a peu d'incon-

vénients, dans l'espèce puisque les tiers savent que les parents ont la jouissance des biens qui appartiennent à leurs enfants. C'est l'émancipation qui aurait dû être rendue publique, puisqu'elle met fin à l'usufruit légal et rend aux enfants l'administration et la jouissance de leurs biens.

Il y a aussi des servitudes légales. Nous y reviendrons en traitant de la transcription des droits réels immobiliers. Enfin il y a une transmission très-importante qui se fait en vertu de la loi, sans publicité, ce sont les successions déférées *ab intestat*. Nous y reviendrons.

37. Il ne suffit pas qu'il y ait un *acte* translatif ou déclaratif de droits réels pour qu'il y ait lieu à transcription, la loi ne prescrit la publicité que pour les droits immobiliers. Pourquoi n'a-t-elle pas fait de la publicité une règle générale et absolue? Le législateur a établi la publicité dans l'intérêt des tiers. Quels sont ces tiers? Ce sont d'abord les acquéreurs; or, ceux-ci ne sont pas intéressés à ce que les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels mobiliers soient transcrits; la possession suffit pour la garantie de leurs droits, pourvu qu'ils soient de bonne foi : ils peuvent repousser toute action réelle qui serait intentée contre eux, en opposant aux demandeurs la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279) (1).

La publicité est encore prescrite dans l'intérêt des tiers créanciers. Quand il s'agit de la propriété immobilière, il y a des créanciers très-intéressés à ce que les transactions immobilières soient rendues publiques, ce sont les créanciers hypothécaires. C'est surtout leur intérêt que les législateurs ont eu en vue en ordonnant la transcription. Cet intérêt n'existe pas pour les transactions mobilières, puisque, dans notre droit, les meubles ne peuvent pas être hypothéqués. Restent les créanciers chirographaires. Ils ont pour gage le mobilier de leur débiteur, et il y en a qui contractent sur la foi de cette garantie. Or, la vente du mobilier leur enlève ce gage. Ils seraient donc intéressés à la publicité des actes par lesquels le débiteur diminue son patrimoine et sa solvabilité. Pourquoi le législateur belge,

(1) Rapport de la commission du sénat (Parent, p. 395).

qui s'est préoccupé de l'intérêt des créanciers chirographaires, n'a-t-il pas généralisé la garantie que donne la publicité, en l'étendant aux actes translatifs de droits réels mobiliers? Constatons d'abord que la clandestinité est un système général en cette matière. Le code civil prescrit la publicité des priviléges immobiliers, tandis que les priviléges mobiliers ne doivent pas être rendus publics. Notre législation a donc deux principes tout à fait contraires en cette matière : publicité des transactions immobilières et clandestinité des transactions mobilières. Quelle est la raison de cette différence? Nous reviendrons sur la clandestinité des priviléges mobiliers. Quant aux actes translatifs ou déclaratifs de propriété mobilière, il eût été difficile d'en ordonner la publicité. Il s'agit de la publicité des *actes* qui constatent les aliénations. Or, la transmission des meubles se fait de la main à la main, sans actes. Pour organiser la publicité, la loi aurait dû faire violence aux habitudes et aux besoins du commerce. Il est de l'essence des transactions mobilières de se faire rapidement et sans la solennité d'un écrit; c'eût été entraver les relations civiles que de contraindre les parties à dresser acte de leurs conventions pour leur donner effet à l'égard des tiers. Or, l'intérêt de la circulation rapide des valeurs mobilières est plus grand que celui des créanciers chirographaires qui contractent avec une personne sur la foi de sa richesse mobilière.

38. Les applications de ce principe sont nombreuses. Il y en a qui ne souffrent aucun doute. Tel est le transport d'actions ou d'intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie; la loi les déclare meubles (art. 529). Quant aux difficultés que présente cette disposition, nous les avons examinées ailleurs.

Il y a des applications qui sont plus ou moins douteuses et que nous avons déjà rencontrées. Les constructions faites par un superficiaire sont immeubles et, par conséquent, les actes translatifs de ces constructions doivent être transcrits (t. V, n° 414).

Que faut-il dire des constructions faites par un usufruitier? Celui-ci a aussi un droit reel dans la chose, mais, à la différence du superficiaire, il n'a qu'un droit de jouis-

sance; et, en principe, il doit jouir comme le propriétaire; il ne peut donc pas altérer l'état des lieux en faisant des constructions. S'il en fait, que deviennent-elles à la fin de l'usufruit? La question est très-controversée. Nous avons enseigné que le seul droit du propriétaire est de demander que l'usufruitier lui rende les choses dans l'état où elles se trouvaient lors de l'ouverture de l'usufruit, et que, de son côté, l'usufruitier a le droit d'enlever les matériaux (t. VI, n° 490). N'en faut-il pas conclure que la vente de ces constructions que ferait l'usufruitier est une vente mobilière? C'est, en réalité, la cession de l'indemnité à laquelle l'usufruitier aura droit si le propriétaire veut conserver ces constructions. Pendant la durée de l'usufruit, l'acquéreur n'a qu'un droit de jouissance, analogue à celui du preneur. La vente n'est donc pas un acte translatif de droits réels immobiliers; partant, elle ne doit pas être transcrite. Dans l'opinion qui admet que les constructions de l'usufruitier deviennent la propriété du nu propriétaire, et même sans indemnité, l'on enseigne naturellement qu'elles constituent un droit réel immobilier; ce qui rend applicable la formalité de la transcription (1).

Les constructions faites par un preneur sont-elles un droit immobilier pendant la durée du bail? Cette question aussi est très-controversée; nous l'avons examinée ailleurs (t. V, n°s 415 et 416). Dans notre opinion, le droit du preneur n'est jamais qu'un droit mobilier; d'où suit que la vente des constructions est mobilière, partant non sujette à la transcription. Dans l'opinion qui considère le droit du preneur comme immobilier, la vente est immobilière et doit, par conséquent, être transcrite (t. V, n° 417) (2).

Les constructions faites sur des fonds qui appartiennent au domaine public sont-elles immobilières, et tombent-elles sous l'application de la loi de 1851? Nous avons examiné la question ailleurs (t. V, n° 418).

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 22, n° 13. Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 23, n° 33.

(2) Comparez, en sens divers, Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 22, n° 13; Ducruet, *Études sur la loi de la transcription*, n° VI; Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 23, n° 32.

Il y a encore une espèce de propriété dont la nature donne lieu à de grandes difficultés, ce sont les mines. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre de la *Division des biens* (t. V, n°s 406 et 427) (1).

39. L'article 1er de notre loi hypothécaire contient encore une autre restriction de la plus haute importance ; il soumet à la transcription les *actes entre-vifs* translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers. Ainsi les acquisitions à cause de mort ne doivent pas être rendues publiques : telles sont les successions et les testaments.

Pourquoi la loi n'a-t-elle pas étendu aux successions le principe de publicité, qui, de sa nature, est un principe universel? On conçoit que les transmissions mobilières n'y soient pas soumises (n° 37) ; mais, quand il s'agit de successions immobilières, il semble que des registres publics devraient faire connaître aux tiers que celui avec lequel ils traitent possède tels immeubles comme héritier. En effet, les tiers sont intéressés à s'assurer si le possesseur d'un immeuble en est le propriétaire ; il faut donc qu'ils connaissent ses titres ; est-ce comme héritier qu'il possède, il ne sera propriétaire que si son auteur l'était ; il faut donc que les tiers sachent qui est cet auteur, et si lui-même avait la propriété des immeubles qu'il a transmis à ses successeurs. C'est en remontant ainsi d'un titre à l'autre que les tiers acquerront la preuve que le possesseur actuel est propriétaire, au moins par l'effet de la prescription ; or, la prescription est, en définitive, la seule preuve qui assure les droits du possesseur et de ceux qui traitent avec lui ; et il importe à ceux-ci de savoir si le possesseur a acquis les biens comme héritier, puisque, à ce titre, la possession de son auteur se joint nécessairement à la sienne. L'intérêt des tiers à connaître la transmission qui se fait par voie d'hérédité ne saurait donc être contesté. Reste à voir pourquoi, malgré cet intérêt, la loi n'a pas prescrit la publicité de l'acquisition des immeubles par succession.

Il y a un premier obstacle, et il est invincible, c'est que

(1) Comparez Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 21, n° 12 ; Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 32, n°s 42-53.

la transmission s'opère sans *acte*, c'est-à-dire sans un fait juridique de l'héritier, par le seul effet de la loi. Or, là où il n'y a pas d'*acte*, la transcription devient impossible. C'est en ce sens qu'il faut entendre ce que les auteurs des lois nouvelles ont dit, en France et en Belgique, pour justifier la lacune que présente la publicité de la situation immobilière des propriétaires fonciers; les registres publics, dit-on, la constatent; or, il se trouve que ces registres ne contiennent aucune mention de l'acquisition la plus importante, et souvent la seule que le possesseur ait faite, des immeubles qu'il a recueillis à titre d'héritier. On répond qu'il est impossible de faire dépendre la transmission des biens par voie d'hérédité de la formalité d'une transcription, sans porter atteinte au principe que *le mort saisit le vif* (1). En réalité, ce principe n'a rien de commun avec la transcription; il concerne la transmission de la *possession*, qui est censée se faire par le mourant à son héritier; et la transcription est étrangère à la *possession*, elle a pour objet la publicité des actes qui transmettent la *propriété*. C'est donc du verbiage que ces phrases qu'on lit dans un auteur qui trop souvent prend des phrases pour des raisons : « La succession a toujours été considérée en France comme opérant une dévolution de plein droit; et la maxime *le mort saisit le vif* est une des règles les plus essentielles de notre jurisprudence. Faudra-t-il *rétrograder jusqu'au moyen âge germanique* pour soumettre à l'investiture le successeur *ab intestat?* Faudra-t-il enlever à la jurisprudence française une de ses plus *précieuses libertés* et briser cet enchaînement des générations qui se remplacent les unes les autres, comme si elles ne faisaient qu'un tout domestique (2)? » Qu'est-ce que la *liberté* a affaire dans un débat où il s'agit d'apprendre aux tiers la filiation de la propriété? Et en quoi la publicité aurait-elle brisé l'*enchaînement des générations?* Si la publicité était possible, le législateur aurait dû la prescrire, afin de compléter le registre aux transcriptions, qui aurait ainsi présenté la situation exacte de tous

(1) Rapport de la commission spéciale belge (Parent, p. 9).
(2) Troplong, *De la transcription*, p. 205, n° 36.

les propriétaires fonciers. Loin de *rétrograder*, le législateur aurait étendu et généralisé sa réforme. S'il ne l'a pas fait, c'est qu'il était impossible d'appliquer le système de la transcription à la transmission des biens par la voie de l'hérédité. En effet, la transcription suppose un acte que le conservateur copie : où est cet acte en matière de succession? Il n'y en a pas. C'est la loi, c'est le sang qui transmettent les biens du défunt à celui que son degré de parenté y appelle; il n'y a là aucune base sur laquelle on puisse asseoir une transcription. Le législateur aurait dû se contenter d'une déclaration du successible; mais une pareille déclaration, comme le dit très-bien la commission belge, n'aurait pas formé en faveur du successible un titre contre *l'héritier* véritable. Le législateur a dû s'arrêter devant *l'impossible*.

40. Toutefois en Belgique et en France on a compris combien il serait utile aux tiers de connaître le fait de la transmission de tels immeubles à tels héritiers. Intérêt de curiosité, dit M. Troplong. La commission belge a répondu d'avance à cette frivole objection. » Elle a pensé, dit le rapport, qu'un registre public qui ferait connaître aux tiers les mutations qui se seraient opérées par décès présenterait un certain degré d'utilité, en donnant le moyen de remonter à la connaissance de tous les propriétaires successifs d'un même bien. Pour atteindre ce but, il suffirait d'indiquer dans les déclarations de succession les immeubles par les sections et numéros sous lesquels ils figurent à la matrice cadastrale et de prescrire aux conservateurs de tenir, indépendamment des registres actuels, un registre sur lequel seraient transcrites les déclarations de successions relatives aux immeubles situés dans leurs arrondissements respectifs, et dont les receveurs des droits de succession seraient tenus de leur transmettre une copie. » Si la commission ne formula pas cette proposition en article de loi, c'est qu'elle pensait que la mesure, étant purement administrative, trouverait mieux sa place dans une loi sur les droits de succession.

La commission de 1849, instituée en France par le garde des sceaux, a fait la même proposition, et elle la formula

dans son projet. On lit dans le rapport de cette commission : « La conviction que, sans la publicité de toutes les mutations, de tous les établissements de propriétés immobilières, de quelque source qu'ils vinssent, il n'y avait pas à compter sur le vrai développement du crédit, nous aurait amenés à étendre l'obligation de la transcription jusqu'aux successions *ab intestat*, si cela avait été possible; mais le premier élément de cette formalité nous manquait. Nous n'avons pas d'acte à soumettre à la transcription. La nature des choses s'est montrée ici plus forte que la logique, et nous avons dû renoncer à en poursuivre jusque-là les conséquences. Mais nous avons voulu commencer à ouvrir la voie d'une universelle publicité, en imposant aux receveurs de l'enregistrement, à qui les déclarations de succession doivent être faites, l'obligation de donner connaissance immédiatement de la mutation qui venait de s'opérer afin qu'il en pût être fait mention sur le registre aux transcriptions. Ce ne sera sans doute qu'un renseignement auquel ne pourront pas s'attacher, à l'égard des tiers, les effets légaux de la transcription; mais ce renseignement pourra leur être utile, et cela suffit pour en exiger la mention sur les registres des conservateurs et sur les états qui seront demandés à ces derniers (1). »

Ces propositions n'aboutirent ni en France ni en Belgique. Il paraît que ce qui empêcha, chez nous, le gouvernement d'y donner suite, ce sont les difficultés d'exécution et l'inconvénient d'embarrasser par de nouvelles écritures les archives déjà trop encombrées de la conservation hypothécaire (2). De simples difficultés de fait n'auraient pas dû arrêter l'exécution d'une mesure qui aurait complété la publicité, à laquelle le crédit public est si essentiellement intéressé.

41. Les testaments sont aussi des actes à cause de mort, par conséquent dispensés de la transcription. Quelles en sont les raisons? C'est une nouvelle exception au principe de la publicité et une nouvelle lacune; il en résulte que les

(1) Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 9, n° 13.
(2) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 32, n° 14.

registres du conservateur ne mentionnent aucune transmission héréditaire; de sorte qu'ils ne font pas connaître la transmission la plus importante et la plus usuelle, puisqu'elle a lieu nécessairement à la mort de chaque propriétaire. On ne peut pas dire des testaments ce que nous avons dit des successions *ab intestat*, que la publicité en est impossible, car il n'y a pas de testament sans acte; et, de fait, il y avait des coutumes de nantissement qui prescrivaient les devoirs de loi pour la succession testamentaire. Il y a plus; le code lui-même prescrit la publicité des substitutions fidéicommissaires permises quand elles se font par acte de dernière volonté, aussi bien que quand elles se font par donation entre-vifs. L'article 1069 porte : « Les dispositions par actes entre-vifs ou testamentaires, à charge de restitution, seront rendues publiques : savoir, quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation; et, quant aux sommes colloquées avec privilége sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilége. » Voilà une anomalie, et l'anomalie est telle, que l'on doit se demander si cette disposition n'est pas abrogée par la loi hypothécaire. Il est de principe que la loi hypothécaire ne déroge pas au code civil, sauf que le titre des *Hypothèques* est remplacé par la loi nouvelle; toutefois ce principe n'est pas absolu, comme nous allons le voir en traitant des donations. Ce qui nous porte à admettre que la loi hypothécaire n'abroge pas l'article 1069, c'est que cette disposition appartient à une matière toute spéciale, et a été portée pour des motifs tout spéciaux; nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit sur les substitutions fidéicommissaires; c'est donc une exception au droit commun, et, à ce titre, elle peut subsister à côté du droit commun. L'article 1069 est encore exceptionnel sous un autre rapport. En règle générale, la transmission des valeurs mobilières n'est pas soumise à la publicité, tandis que l'article 1069 prescrit la publicité des capitaux garantis par un privilége. Cette nouvelle exception confirme ce que nous venons de dire, c'est que la matière des substitutions est toute spéciale, et que, par suite, les exceptions qui s'y

trouvent peuvent coexister avec la règle établie par la loi hypothécaire. C'est l'application du principe qu'une loi générale postérieure à une loi spéciale ne déroge pas à celle-ci (1).

42. Toujours est-il que, la publicité étant consacrée par le code civil pour les testaments en matière de substitution, il est d'autant plus difficile d'expliquer la règle contraire admise par les auteurs de notre loi hypothécaire. La commission du sénat a motivé comme suit l'exception que la loi nouvelle fait au principe de publicité en ce qui concerne les testaments (2). Elle distingue entre les légataires qui ont la saisine et ceux qui doivent demander la délivrance. Les légataires saisis sont en tout assimilés aux héritiers légitimes; si l'on n'a pas prescrit la publicité pour la transmission des biens *ab intestat*, à raison du principe de la saisine, on doit, par identité de motifs, étendre la même exception aux légataires universels qui ont la saisine. Cette première raison n'est pas concluante. C'est moins à cause de la saisine que l'on a dispensé les successions *ab intestat* de la transcription, qu'à cause de l'impossibilité qu'il y avait de prescrire la transcription alors qu'il n'y a pas d'*acte* à transcrire (n° 39). Il faut donc laisser la saisine de côté. La commission du sénat ne s'est pas dissimulé que la clandestinité avait de grands inconvénients : elle compromet les droits des tiers. Si l'héritier légitime ou le légataire universel saisi dispose d'un bien légué, il vend la chose d'autrui; la vente est nulle, le légataire peut revendiquer et le tiers acquéreur se trouvera évincé sans qu'il ait pu connaître l'existence du legs. Par contre, la nécessité de rendre publiques les dispositions testamentaires aurait compromis les droits des légataires. Il y a, sous le rapport de la publicité, une grande différence entre le légataire et l'acquéreur entre-vifs, acheteur ou donataire; celui-ci est partie au contrat, et il sait que s'il ne transcrit point, il ne sera pas propriétaire à l'égard des tiers; ses intérêts sont garantis par cela seul qu'il est en mesure de

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 33, n° 1
(2) Rapport de la commission du sénat (Parent, p. 395).

les sauvegarder. Il n'en est pas de même du légataire; il peut ignorer, et il ignore souvent l'existence du testament; l'héritier qui trouve l'acte parmi les papiers du défunt tarde à le faire connaître, et il dispose, en attendant, des biens légués. Si l'on admet comme principe que le légataire n'est propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription, il n'aura aucune action contre les tiers acquéreurs des biens qui lui appartiennent, et son action contre les héritiers peut être inefficace si ceux-ci sont insolvables. Le système de la publicité conduirait donc à dépouiller le légataire, sans qu'il lui fût possible de conserver ses droits. La considération est grave, mais elle n'est pas décisive. En effet, on se prévaut d'un cas exceptionnel, qui se présentera rarement, pour déroger au principe de publicité qui est d'intérêt général.

La commission du sénat ajoute que les intérêts des tiers ne courent pas grand danger, même dans le système de clandestinité, parce que la jurisprudence incline à maintenir les actes faits par l'héritier apparent lorsque les tiers sont de bonne foi. Cela est vrai de la jurisprudence française, cela n'est pas vrai de la jurisprudence des cours de Belgique; et, à notre avis, celle-ci est dans le vrai. L'héritier véritable est seul propriétaire; il peut donc revendiquer les biens qui lui appartiennent contre les tiers auxquels l'héritier apparent les a vendus. Il en est de même de la concession des droits réels. Il en résulte que les actions en pétition d'hérédité jettent le trouble dans les relations civiles. C'est une des raisons qui avaient engagé la commission française à proposer la publicité pour les testaments, mais cette proposition n'a pas été admise (1).

43. Le système de publicité par la voie de la transcription ne s'applique qu'aux actes translatifs et déclaratifs de droits réels immobiliers et à certains baux. Il y a d'autres actes qui intéressent les tiers et dont le législateur n'a pas prescrit la publicité. Telle est l'antichrèse; la loi française la soumet à la transcription, notre loi garde le silence;

(1) Parent, p. 395. Comparez le rapport fait au corps législatif par De Belleyme (Troplong, p. 31 et suiv.); Mourlon, t. I, p. 7 et suiv.

nous avons dit ailleurs que l'antichrèse n'est pas un droit réel immobilier, mais un simple droit de créance que l'antichrésiste ne peut pas opposer aux tiers. Dès lors il était inutile de la rendre publique.

L'institution contractuelle doit-elle être transcrite? Nous allons examiner la question. La négative est généralement admise. Toutefois il y a des tiers qui auraient intérêt à la publicité, ce sont les tiers donataires. Le législateur n'a-t-il pas considéré cet intérêt comme suffisant? ou est-ce par oubli qu'il n'a pas parlé de la donation des biens à venir? Toujours est-il qu'en cette matière la publicité était très-facile à organiser, puisqu'il existe un acte authentique.

Lorsqu'une créance hypothécaire est éteinte par le payement ou par tout autre mode légal, l'hypothèque est également éteinte. Les tiers qui traitent avec le créancier dont le droit est éteint seraient intéressés à connaître l'extinction de la créance et de l'hypothèque. Nous dirons plus loin pourquoi le législateur n'a pas prescrit la publicité de la libération et comment il a pourvu aux intérêts des tiers cessionnaires.

La cession de biens n'est pas translative de propriété; donc elle n'est pas soumise à la transcription, quand même elle comprendrait des immeubles. Toutefois il eût été utile aux tiers de connaître la cession, puisque l'on admet que le débiteur qui l'a consentie ne peut plus disposer de ses biens, ni directement ni indirectement, au préjudice des créanciers auxquels il en a fait l'abandon. Si le législateur n'a pas prescrit la publicité, c'est probablement par oubli.

§ II. *Application.*

N° 1. DES ACTES ENTRE-VIFS A TITRE GRATUIT.

44. L'article 939 soumet à la transcription les *donations* de biens susceptibles d'hypothèques, et l'article 1er de notre loi hypothécaire porte : « Tous actes entre-vifs *à titre gratuit* seront transcrits. » De là la question de savoir si la loi nouvelle a entendu maintenir l'article 939

et les articles suivants qui s'y rattachent, ou si elle a abrogé toutes ces dispositions. La loi française de 1855 a prévu la difficulté et l'a décidée en ces termes : « Il n'est point dérogé aux dispositions du code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation ou contenant des dispositions à charge de rendre; elles continueront à recevoir leur exécution. » Notre loi hypothécaire ne contient aucune disposition concernant l'abrogation des lois antérieures, sauf celle de l'article 1er, portant que la loi hypothécaire remplace le titre XVIII du livre III du code civil. Est-ce à dire que toutes les autres dispositions du code civil relatives à des matières traitées par la loi nouvelle sont maintenues? Telle n'a pas été et telle n'a pas pu être la pensée du législateur. Lors de la discussion de la loi à la chambre des représentants, on en a fait la remarque. Il y a, disait M. de Theux, des dispositions de divers titres du code qui sont changées, notamment du titre des *Successions* et du titre des *Donations*. » L'orateur demanda que le gouvernement présentât une loi qui mît en harmonie les dispositions de la loi hypothécaire avec celles du code civil, c'est-à-dire qui modifiât le code Napoléon pour le mettre en rapport avec la loi hypothécaire. Le ministre de la justice répondit que telle était l'intention du gouvernement (1). Cette intention n'a pas eu de suite

Il résulte de cette discussion que la loi de 1851 déroge au titre des *Donations*; une loi spéciale devait déterminer la portée de ces dérogations; dans le silence de la loi, c'est à l'interprète de décider d'après les principes généraux de droit (2). Un premier point est certain, c'est que la loi belge ne maintient pas, comme l'a fait la loi française, les dispositions du code sur la publicité des donations; il y a abrogation, de l'aveu des auteurs mêmes de la loi. C'est un point très-important, car il écarte une objection de principe. La matière de l'abrogation des lois n'est pas traitée par le code; on l'a abandonnée à la doctrine. Or, la doctrine a posé comme règle que les lois générales postérieures

(1) Delebecque, *Commentaire législatif de la loi de* 1851, p. 1, n° 1. Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 33, n° 17.
(2) Comparez le t. XII de mes *Principes*, p. 454, n° 370.

ne dérogent pas aux lois spéciales antérieures; cette règle est fondée sur les principes qui régissent l'abrogation tacite. Il n'y a d'abrogées par une loi nouvelle que les dispositions des lois anciennes qui sont incompatibles avec la dernière expression de la volonté du législateur. La question est donc de savoir si une loi générale est incompatible avec une loi spéciale; or, la négative est certaine, puisque l'exception peut très-bien coexister avec la règle. Si l'on appliquait ce principe à la loi hypothécaire, on pourrait en induire qu'elle laisse subsister les dispositions du code civil sur la publicité des donations. Mais ce serait mal appliquer le principe que nous venons de rappeler. L'abrogation tacite est essentiellement une question d'intention; la volonté du législateur étant souveraine, il peut par une loi générale déroger à une loi spéciale; et cette intention est très-naturelle quand la loi spéciale consacrait une publicité incomplète, comme le faisait le code civil, tandis que la loi générale établit un système complet de publicité. N'est-il pas logique que la réformation de l'ancienne législation s'étende aux dispositions exceptionnelles et incomplètes que le législateur a voulu généraliser en les perfectionnant? Un nouveau système de publicité complet remplace nécessairement toutes les anciennes dispositions qui organisaient une publicité imparfaite.

45. Cette intention du législateur belge ne résulte pas seulement de la discussion qui a eu lieu sur l'article 1er; M. de Theux et M. Tesch, le ministre de la justice, n'ont fait que constater l'abrogation qui résultait des dispositions de la loi nouvelle; l'abrogation est clairement consacrée par l'article 1er de la loi. Si le législateur belge avait entendu maintenir les articles 939 et suivants, il n'aurait pas mentionné les donations dans l'article 1er; il les aurait passées sous silence, comme l'a fait le législateur français; ce qui aboutissait tacitement à maintenir le code civil. Notre loi, au contraire, en établissant le principe de la publicité, commence par appliquer ce principe aux actes entre-vifs *à titre gratuit;* disposition tout à fait inutile si la pensée des auteurs de la loi avait été de maintenir l'article 939 et les articles qui en dépendent. La disposition

eût été plus qu'inutile, car il en serait résulté une antinomie entre la loi hypothécaire et le code Napoléon. Ceci est le point décisif du débat.

L'article 939 reproduit les termes de la loi du 11 brumaire an VII; il n'établit pas une publicité complète de toutes les transactions immobilières, à titre gratuit; la transcription ne doit se faire que lorsque la donation a pour objet des biens susceptibles d'hypothèques. Pourquoi cette restriction à la publicité, alors que la publicité, de son essence, est universelle? La restriction nous fait connaître l'intention du législateur, il n'avait en vue que l'intérêt des tiers créanciers qui stipulent une garantie réelle; or, il est évident que les créanciers hypothécaires ne sont pas intéressés à ce qu'on rende publiques des mutations de biens qui ne peuvent pas être hypothéqués. Voilà pourquoi le législateur français limita la publicité aux biens susceptibles d'hypothèques. Cette restriction ne se trouve plus dans l'article 1er de la loi belge; il n'exige qu'une chose, c'est qu'il s'agisse de droits réels immobiliers, quels que soient, du reste, ces droits, qu'ils puissent être hypothéqués ou non. La différence est caractéristique; elle révèle un autre esprit, une tendance plus large. Notre loi hypothécaire prescrit une publicité complète pour les donations aussi bien que pour les actes à titre onéreux. Comment veut-on qu'une loi qui ordonne la publicité de *toutes les donations* coexiste avec une loi qui *limite* la publicité à *certaines donations?* Il y a incompatibilité entre la loi ancienne et la loi nouvelle, donc le code Napoléon est abrogé par la loi hypothécaire.

46. Cela n'est guère douteux, en ce qui concerne la restriction résultant de ces mots de l'article 939 : *biens susceptibles d'hypothèques*. La donation d'un droit d'usage ou d'habitation, la donation d'une servitude, doit-elle être transcrite? Non, d'après le code civil. Oui, d'après la loi de 1851. Le *non* et le *oui* sont incompatibles. Donc la loi nouvelle abroge la loi ancienne. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Pourquoi établit-elle une publicité plus large? Pour faire connaître aux tiers toutes les mutations immobilières qui peuvent les intéresser. Or, un tiers acquéreur, même un tiers créancier hypothécaire n'ont-ils

pas intérêt à connaître l'existence d'un droit d'usage, aussi bien que celle d'un droit d'usufruit? et doit-on les laisser dans l'ignorance de l'établissement d'une servitude qui diminue la valeur de la chose? Si ces droits, quoique non susceptibles d'hypothèques, étaient constitués à titre onéreux, l'acte devrait être transcrit en vertu de la loi de 1851, et l'on dispenserait de toute publicité l'établissement de ces mêmes droits à titre gratuit? Cela n'aurait pas de sens. On voit que la publicité établie par la loi de 1851 pour les actes à titre onéreux devait réagir sur la publicité moins large que l'article 939 établit pour les donations. C'est dire que la loi belge abroge, en ce point, le code Napoléon.

Il y a une dérogation plus importante. Le code Napoléon, de même que la loi de brumaire an VII, ne se préoccupe que d'un seul intérêt, celui des créanciers hypothécaires; la publicité n'est pas établie dans l'intérêt des créanciers chirographaires; ils restent sous l'empire du vieux principe de clandestinité. Cela est souverainement illogique. On ne conçoit pas que la clandestinité coexiste avec la publicité. On ne conçoit pas davantage que certains créanciers profitent du bienfait de la publicité, et que d'autres en soient privés. Ces distinctions arbitraires, illogiques sont en opposition avec le principe de notre loi hypothécaire; elle a voulu garantir tous les intérêts, aussi permet-elle à tous tiers de se prévaloir du défaut de publicité, même aux créanciers chirographaires. Toutefois ce point est controversé. Nous y reviendrons.

47. Il reste une dernière difficulté en ce qui concerne l'abrogation du code civil par la loi hypothécaire. Après avoir établi le principe de la publicité, le code civil détermine les personnes qui sont chargées de requérir la transcription, lorsque les biens ont été donnés à des incapables ou à des établissements publics (art. 939); puis il indique les personnes qui peuvent opposer le défaut de publicité et celles qui ne peuvent pas s'en prévaloir (art. 940 et 941). Ces dispositions sont-elles abrogées en même temps que celle de l'article 939, dont elles sont une dépendance? Nous répondons que la loi nouvelle abroge l'ancien droit, en tant qu'il établit des règles différentes de celles que la

loi de 1851 a consacrées. Il n'y a plus qu'un droit sur la transcription : les articles 940-942 sont-ils en harmonie avec ce droit, ils restent en vigueur, sont-ils en opposition avec le droit général, ils tombent. Tel est le principe; nous reviendrons plus loin sur les difficultés d'application.

48. Le principe de notre législation est donc que toute donation de droits réels immobiliers est soumise à la transcription. Ce principe s'applique-t-il aux donations faites par contrat de mariage? Il faut distinguer. Il n'y a aucun doute quant aux donations de biens présents; aux termes de l'article 1081, toute donation de biens présents, quoique faite par contrat de mariage aux époux, est soumise aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre. L'article 939 était donc applicable à ces donations; et l'article 1er de la loi hypothécaire l'est également, puisqu'il s'agit d'un acte entre-vifs à titre gratuit, translatif de droits réels immobiliers. Nous l'avons déjà décidé ainsi au titre des *Donations* (t. XV, n° 174). Il n'y avait aucune raison de faire exception au principe de publicité, en ce qui concerne les donations faites par contrat de mariage; quelque favorables qu'elles soient, il y a un intérêt général plus favorable encore, c'est celui des tiers et du crédit public.

49. L'institution contractuelle est-elle soumise à la transcription? Il faut d'abord voir si elle doit être transcrite en vertu du code civil, et en supposant qu'elle doive l'être, si le code civil est maintenu par la loi hypothécaire. Nous avons répondu d'avance à ces questions. Au titre des *Donations*, nous avons établi que le code ne prescrit pas la publicité des institutions contractuelles (t. XV, n° 188). Et en supposant même que ces donations fussent assujetties à la formalité de la transcription, en vertu du code civil, il faudrait encore écarter le code, puisque l'article 939, le seul qui ordonne la transcription en matière de donations, est abrogé par la loi hypothécaire (nos 44 et suiv.). La question doit donc être examinée exclusivement d'après la loi nouvelle.

L'article 1er de la loi belge prescrit la transcription de tous actes entre-vifs à titre gratuit, *translatifs* de droits réels immobiliers. Donc, la condition essentielle pour qu'un

acte doive être transcrit est qu'il soit translatif de propriété. La question concernant la transcription de l'institution contractuelle se réduit donc à savoir si la donation de biens à venir est translative de propriété? Elle transmet au donataire la qualité d'héritier contractuel, le donateur ne peut plus le dépouiller de ce droit; mais ce n'est pas là une transmission de droits réels immobiliers, quand même il y aurait des immeubles dans le patrimoine du donateur; le droit de l'institué en vertu de l'institution est un droit aux biens que l'instituant laissera à son décès; ce droit, par lui-même, n'est ni mobilier ni immobilier; c'est seulement lors du décès du donateur que l'institué exercera son droit sur les biens que le donateur laisse; et en quoi consiste ce droit? Il consiste à accepter ou à répudier l'hérédité. Cela encore n'est pas un droit immobilier; c'est seulement, en cas d'acceptation, que l'institué aura un droit dans les biens, droit immobilier ou mobilier, suivant la nature des biens qui composent la succession. Ainsi la transmission de l'hérédité par contrat ne tombe pas sous l'application de l'article 1er de la loi hypothécaire. Cela est décisif, car, lors de la donation, le donataire n'acquiert aucun droit sur les biens du donateur, soit meubles, soit immeubles; le donateur conserve la propriété de ses biens présents et de ceux qu'il acquerra; il peut en disposer librement à titre onéreux, les aliéner, les hypothéquer. De là suit que l'institution contractuelle n'est pas *translative de droits réels immobiliers*, ce qui décide notre question.

On objecte que le donateur ne peut plus disposer à titre gratuit de ses biens, sauf pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement (art. 1083); on en conclut qu'il ne conserve plus la propriété pleine et entière, il l'aliène donc, au moins partiellement, en ce qui concerne le droit de disposer à titre gratuit; partant, l'article 1er est applicable. Nous répondons que l'article 1er exige un acte translatif de droits réels immobiliers, ce qui comprend ou la translation de la propriété d'un immeuble, ou celle d'un démembrement de cette propriété. Est-ce que le donateur qui fait une institution contractuelle transfère au donataire soit la propriété d'un immeuble, soit un démembre-

ment de cette propriété? Non; donc l'article 1er de la loi est hors de cause. Ce que l'on qualifie improprement d'acte translatif n'est, en réalité, qu'une restriction que le donateur s'impose quant au droit de disposer à titre gratuit. Tout ce que l'on en peut conclure, c'est que la loi, à raison de cette restriction et dans l'intérêt des tiers que le donateur voudrait gratifier, aurait pu exiger la publicité de l'institution contractuelle, mais le législateur ne l'a pas fait. Or, il ne suffit pas qu'un tiers soit intéressé à la publicité, pour que la transcription doive se faire, il faut qu'il existe un acte translatif de droits réels immobiliers; et l'institution contractuelle n'est pas un acte qui transfère au donataire un droit réel immobilier; donc l'article 1er de la loi est inapplicable.

50. Il reste une difficulté. L'institution contractuelle ne doit pas être transcrite au moment où elle se fait, ni pendant toute la vie de l'instituant, puisqu'il ne se fait aucune transmission de biens jusqu'à la mort du donateur. Mais à ce moment l'institution contractuelle s'ouvre, le donataire recueille les biens qui se trouvent dans l'hérédité du donateur. Il se fait donc une transmission de biens immobiliers, s'il y a des immeubles. Y a-t-il lieu à transcription? A notre avis, non. Il ne suffit pas qu'il y ait transmission de biens immobiliers pour que l'acte en vertu duquel elle s'opère doive être transcrit, il faut que l'acte soit entre-vifs, c'est-à-dire que la transmission des biens se fasse entre-vifs, puisque l'acte entre-vifs doit être translatif de propriété. Or, l'institution contractuelle n'est pas, en ce sens, un acte entre-vifs, c'est un acte à cause de mort; elle donne ouverture à une *succession contractuelle,* analogue à la *succession testamentaire;* il n'y a que cette différence, c'est que le donataire est héritier en vertu d'un *contrat,* mais il n'en est pas moins héritier. Or, la transmission par voie d'hérédité se fait à cause de mort. Cela nous paraît décisif.

On objecte que l'on ne peut pas contester à l'institution contractuelle le caractère d'*acte entre-vifs,* ce qui rend l'article 1er applicable (1). Sans doute l'acte qui constate

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 38, n° 19.

l'institution contractuelle est entre-vifs, puisqu'il se passe du vivant du donateur et du donataire, mais ce n'est pas à l'*écrit* qu'il faut avoir égard pour décider si l'acte doit être transcrit, c'est à la *convention* consignée dans l'écrit. La publicité que la loi prescrit porte sur la convention, le fait juridique, et non sur l'écrit. En parlant d'*actes entre-vifs,* la loi entend donc parler d'une convention entre-vifs, c'est-à-dire d'une convention qui transmet immédiatement la propriété au créancier et qui, pour cette raison, intéresse les tiers. En veut-on la preuve? Si l'on s'attachait à l'*écrit,* il faudrait dire que le testament aussi est un acte entre-vifs, car c'est bien pendant la vie du testateur qu'il est dressé. Pourquoi l'appelle-t-on néanmoins un acte à cause de mort? Parce qu'il n'a d'effet qu'à la mort du testateur. Eh bien, l'institution contractuelle n'opère aussi ses effets qu'à la mort de l'instituant; donc c'est un acte à cause de mort, et partant elle ne doit pas être transcrite.

Sans doute il y a des différences entre cet acte à cause de mort et les autres successions. Si la succession *ab intestat* n'a pas été soumise à la transcription, c'est qu'une condition essentielle de la publicité fait défaut : il n'y a pas d'acte à transcrire. Dans l'institution contractuelle, au contraire, il y a un acte, et un acte authentique; donc rien n'empêchait de le soumettre à la publicité. Pour les testaments, il y a un autre motif qui a engagé le législateur à ne pas les rendre publics, c'est l'intérêt du légataire; s'il ignore le testament, peut-on l'obliger à faire transcrire un acte qu'il ne connaît point? et dira-t-on qu'il ne sera pas propriétaire à l'égard des tiers pour n'avoir pas requis la transcription d'un acte dont il ne connaissait pas l'existence? Ce motif ne reçoit pas d'application à l'institution contractuelle. C'est un contrat, l'institué y figure; il sait que ses droits s'ouvrent à la mort de l'instituant; rien ne l'empêche de faire transcrire son contrat à la mort du donateur, qu'il apprendra régulièrement, parce qu'il est intéressé à la connaître. Le législateur aurait dû tenir compte de ces différences qui existent entre la succession contractuelle et les autres successions, et, tout en ne soumettant pas celles-ci à la transcription, obliger le donataire à transcrire l'acte

qui l'appelle à l'hérédité. Mais le législateur l'a-t-il fait? Non. Il ne connaît que deux espèces d'actes en cette matière, les actes entre-vifs et les actes à cause de mort; les premiers doivent être transcrits, les seconds ne sont pas soumis à la transcription; or, l'institution contractuelle n'est pas un acte entre-vifs dans le sens de l'article 1er de la loi hypothécaire; donc elle ne doit pas être transcrite. C'est une lacune et une espèce d'anomalie, dans le système de publicité, mais il n'appartient pas à l'interprète de corriger la loi (1).

51. Il y a une institution contractuelle modifiée, ou cumulative, qui comprend tout ensemble les biens présents et les biens à venir du donateur. Cette institution doit-elle être transcrite? Nous avons examiné la question au point de vue du code civil (t. XV, n° 260). Quant à la loi hypothécaire, elle ne soumet à la transcription que les donations translatives de droits réels immobiliers. Or, l'institution cumulative, quoiqu'elle comprenne les biens présents, n'en transfère pas la propriété au donataire; elle ne doit donc pas être transcrite. Seulement, au décès du donateur, le donataire peut s'en tenir aux biens présents; dans ce cas, il peut revendiquer les immeubles compris parmi ces biens que le donateur aurait aliénés (art. 1084); mais pour revendiquer il faut être propriétaire à l'égard de celui contre lequel l'action est formée, et, d'après la loi hypothécaire, on n'est propriétaire à l'égard des tiers qu'en vertu de la transcription. Le donataire a donc un intérêt éventuel à transcrire l'institution cumulative, pour le cas où il s'en tiendrait aux biens présents. Si le donataire n'use pas de ce droit, l'institution cumulative se confond avec l'institution contractuelle ordinaire, et l'on applique, par conséquent, ce que nous venons de dire (n° 50) : il n'y aura pas lieu à transcription.

52. Il y a encore une donation de biens à venir, c'est la donation de l'article 1086. Une donation de biens présents peut être faite par contrat de mariage, sous des conditions qui la rendent révocable; de sorte qu'elle ne devient défi-

(1) Comparez Troplong, *De la transcription*, p. 247, n° 76.

nitive qu'à la mort du donateur. Dans ce cas, la donation, quoique portant sur les biens présents, n'en transporte pas la propriété au donataire (t. XV, n° 285); elle n'est donc pas translative de propriété, partant elle ne doit pas être transcrite. On applique à cette donation les principes qui régissent l'institution contractuelle (n° 50).

53. La donation entre époux pendant le mariage est-elle soumise à la transcription? Si c'est une institution contractuelle, la négative est certaine, d'après ce que nous venons de dire (n°s 50-52). Si c'est une donation de biens présents, elle peut être révoquée, mais elle n'en est pas moins translative de propriété; ce qui rend l'article 1er de la loi hypothécaire applicable (t. XV, n° 319) (1).

N° 2. DES ACTES A TITRE ONÉREUX TRANSLATIFS DE PROPRIÉTÉ.

1. *Principe.*

54. Les actes à titre onéreux doivent être transcrits, aux termes de l'article 1er de notre loi hypothécaire, quand ils sont translatifs de *droits réels immobiliers*. Cette expression générale comprend d'abord la pleine propriété, et elle comprend aussi les démembrements de la propriété.

Il n'y a que les actes translatifs de propriété *immobilière* qui doivent être transcrits (n° 37). Mais il y a des objets mobiliers qui, en droit, sont considérés comme immeubles sous certaines conditions. Le code considère d'abord comme immeubles par leur nature certains objets qui, par leur nature, sont plutôt mobiliers : tels sont les récoltes pendantes par les racines, les fruits des arbres non encore recueillis, les arbres et, par suite, les coupes de bois (art. 520-521). La raison en est que les fruits pendants par branche ou par racines sont attachés à la terre, dont ils sont une dépendance, et dans laquelle ils puisent leur nourriture. Ces objets deviennent meubles du moment qu'ils sont détachés de la terre.

Il y a ensuite des objets mobiliers qui deviennent im-

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 40, n° 20.

meubles par incorporation : tels sont les matériaux employés dans la construction d'une maison. Le code considère les bâtiments comme immeubles par leur nature (art. 518); il est plus exact de dire que les matériaux servant à construire une maison restent meubles jusqu'à ce qu'ils aient été employés par l'ouvrier dans une construction; c'est donc par leur incorporation au sol qu'ils deviennent immeubles; quand l'édifice est démoli, les matériaux provenant de la démolition reprennent leur qualité de meubles.

Les objets que le propriétaire d'un fonds agricole ou industriel y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination. Dès que cette destination cesse, l'immobilisation cesse également. Le code considère encore comme immeubles par destination les effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure (art. 524). Il tient au propriétaire de changer cette destination et de mobiliser les immeubles; la perpétuité de la demeure cesse quand le propriétaire rompt le lien qui attachait les objets au sol.

On demande si les actes translatifs de propriété de ces objets, mobiliers de leur nature, mais immobiliers par leur attachement au sol ou par leur destination, doivent être transcrits. Pour que la question puisse s'élever, il faut que la vente de ces choses se fasse séparément du sol, dont elles sont un accessoire; si elles se vendent avec le sol, l'immobilisation subsiste, et, par conséquent, la vente est immobilière, pour les accessoires immobiliers aussi bien que pour le principal, les accessoires ne faisant qu'un avec le principal; ce qui rend l'article 1er de la loi applicable. Il n'en est pas de même quand les objets mobiliers immobilisés sont vendus séparément; dans ce cas, la vente est mobilière. Nous avons établi les principes ailleurs (t. XV, nos 425-428), et l'application n'en est pas douteuse. Les ventes d'une récolte sur pied, d'une coupe de bois, d'une maison pour être démolie, de choses mobilières immobilisées par destination sont des actes translatifs de propriété mobilière; donc elles ne doivent pas être transcrites (1).

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 44, n° 28, et p. 46, n° 29. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 14, n° 9.

55. Le code considère encore comme immeubles, par l'objet auquel elles s'appliquent, les actions immobilières. Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit ailleurs (t. V, nos 487-495). L'application à la transcription ne souffre aucun doute ; l'acte translatif d'une action immobilière doit être transcrit, en vertu de l'article 1er de la loi hypothécaire. Nous reviendrons sur ce point.

56. L'article 1er de la loi comprend encore les droits réels immobiliers, c'est-à-dire les démembrements de la propriété immobilière. Tels sont l'usufruit et l'usage d'un immeuble et les servitudes réelles. Ce sont les seuls droits réels immobiliers que l'article 543 mentionne. Des lois spéciales ont éte portées sur l'emphytéose et la superficie (t. V, nos 485 et 595). Tous ces droits étant des droits réels immobiliers, les actes qui les établissent sont des actes translatifs, dans le sens de l'article 1er de la loi hypothécaire ; ils doivent donc être transcrits. Il en était déjà ainsi dans les coutumes de nantissement (1). La loi du 11 brumaire an VII avait eu tort de restreindre la nécessité de la transcription aux biens immeubles susceptibles d'hypothèques ; le législateur belge a consacré le principe qui, pour nous, est une tradition nationale. C'est le vrai principe. Il n'y a pas de demi-publicité ; de son essence, la publicité est absolue et générale. Les tiers sont intéressés à connaître les droits qui démembrent la propriété de l'immeuble qu'ils se proposent d'acheter, ou qui doit leur servir de garantie ; il faut, par conséquent, que ces droits figurent sur les registres du conservateur des hypothèques, afin de donner aux tiers qui les consultent une connaissance exacte de la situation des propriétaires avec lesquels ils traitent.

L'article 1er semble cependant faire une restriction : il ordonne la transcription de *tous* actes translatifs de droits réels immobiliers, *autres que les priviléges et les hypothèques.* Pourquoi cette exception? Il n'y a d'exception qu'en ce sens que la loi ne soumet pas les priviléges et les hypothèques à la *transcription,* mais elle établit un autre mode de publicité, par la voie de l'inscription. Il y a une

(1) Voyez plus haut, n° 18.

raison de cette différence dans le mode de publicité. Les actes translatifs de droits réels immobiliers sont des conventions constatées par actes ; les tiers ont intérêt à connaître toutes les clauses de ces actes ; il faut donc qu'ils soient copiés en entier sur les registres. Quant aux hypothèques et priviléges, la loi elle-même détermine ce que les tiers sont intéressés à savoir. Il faut donc que les inscriptions contiennent toutes les mentions, et, par contre, ces mentions suffisent ; dès lors la transcription était inutile, et elle pouvait être insuffisante.

II. *Application.*

1. DE LA VENTE.

57. La vente est le contrat usuel par lequel se transfère la propriété ; il va sans dire que l'acte de vente doit être transcrit. Toutefois l'application du principe soulève quelques difficultés.

On demande d'abord si la promesse de vente doit être transcrite. Le code ne parle que de la promesse bilatérale de vente, et il décide qu'elle *vaut vente* lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix. Dire que la *promesse de vente vaut vente*, c'est dire qu'elle est translative de propriété, puisque la vente n'a pas d'autre objet ; et, à ce titre, l'acte devra être transcrit. Toutefois la question est très-controversée. Il y a des auteurs, et des plus estimés, Troplong et Marcadé, qui ont si bien interprété, disons mieux, torturé l'article 1589, qu'ils sont parvenus à lui faire dire tout le contraire de ce qu'il dit. La loi dit que la promesse de vente vaut vente, et on lui fait dire que la promesse de vente ne vaut pas vente. Nous respectons le texte, parce qu'il nous fait connaître la volonté certaine du législateur, quand le texte est aussi clair que celui de l'article 1589. La vente doit être transcrite et, partant la promesse de vente, puisqu'elle vaut vente (1).

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 287, note 2, § 209 (4e édition). Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 84, n° 38. En sens contraire, Troplong, *De la transcription*, p. 220, nos 52 et 53.

Quant à la promesse unilatérale de vente, elle n'est pas translative de propriété; donc elle ne doit pas être transcrite. Ici encore on a soulevé une controverse; la promesse de vendre, dit-on, est une vente conditionnelle, et, la condition rétroagissant, la promesse doit être transcrite. Comment peut-on confondre une promesse de vente, convention unilatérale, avec une vente conditionnelle, convention bilatérale? Nous croyons inutile d'insister (1).

58. La vente alternative présente des difficultés sérieuses. On enseigne généralement que « la vente de deux immeubles sous alternative, et la vente d'un immeuble ou d'une chose mobilière peuvent et doivent être transcrites immédiatement », c'est-à-dire avant toute option et sans distinguer si le choix appartient au vendeur ou à l'acheteur. Mais, tout en étant d'accord sur la nécessité de la transcription, les auteurs ne s'accordent guère sur les motifs de décider, et c'est cependant là la chose importante dans une science rationnelle comme le droit. Quand trois auteurs enseignent que la vente alternative doit être transcrite, et que chacun d'eux fonde son opinion sur une raison que les autres rejettent, leur désaccord sur le motif doit faire douter du principe même sur lequel leur accord n'est qu'apparent (2). On nous permettra donc de proposer nos doutes.

Nous avons dit ailleurs que la vente alternative ne transfère point la propriété (t. XVII, n°s 221 et 222); on ne peut donc pas dire que c'est un acte translatif de droits réels immobiliers, et partant elle ne doit pas être transcrite au moment où elle est conclue. Il y a une hypothèse dans laquelle cela nous paraît certain. La convention a pour objet une maison ou 20,000 francs. Est-ce un acte translatif d'un droit réel immobilier? On ne le sait, la nature du droit alternatif dépendant du choix; si la partie intéressée opte pour la chose mobilière, la convention sera translative d'un droit mobilier constituant une créance; et l'on veut que cette convention soit transcrite! Rien n'empêche, dira-

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 287, note 3, § 209. Comparez Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 91, n° 39.

(2) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 83, n° 37. Flandin, *De la transcription*, p. 66, n°s 105 et 106. Aubry et Rau, t. II, p. 287, note 3, § 209.

t-on, qu'en attendant l'option, l'acte soit transcrit. Nous disons que la loi empêche; en effet, elle ne soumet à la transcription que les actes translatifs de droits réels immobiliers; or, dans l'espèce, on ne sait pas, lors de la convention, quelle est la nature du droit transmis, si c'est une créance de 20,000 francs ou si c'est un immeuble; donc l'acte ne doit pas être transcrit, car la loi de transcription est restrictive de son essence. Les actes qui ne rentrent pas dans le texte de l'article 1er ne doivent pas être transcrits; or, il est bien certain qu'avant l'option la convention alternative d'une maison ou de 20,000 francs n'est pas un acte translatif de propriété immobilière. Et il est tout aussi certain que, si la partie intéressée opte pour les 20,000 fr., l'acte ne doit point figurer sur les registres du conservateur. On dira qu'il faut aussi prévoir le cas où l'immeuble sera choisi; alors la convention sera translative d'un droit réel immobilier et, partant, soumise à la transcription. Sans doute, mais c'est en vertu de l'option; c'est donc seulement lors de l'option que l'acte sera translatif de propriété immobilière, et, par conséquent, la transcription doit se faire à ce moment. La loi aurait pu décider que la transcription se ferait dès la perfection du contrat, mais elle ne l'a pas fait; l'interprète se trouve donc en présence d'une disposition restrictive qui ne reçoit pas d'application à la vente alternative d'un meuble ou d'un immeuble : ce qui est décisif.

La question est plus difficile quand la vente alternative a pour objet deux immeubles. Dans ce cas, il est certain que la vente est immobilière, quelle que soit l'option. On peut donc dire que l'acte tombe sous l'application de l'article 1er et que, partant, il doit être transcrit. Mais l'application du texte n'est pas aussi certaine qu'on le croit. Quand la loi prescrit la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers, c'est dans l'intérêt des tiers, et les tiers n'y sont intéressés que si l'acte transfère réellement un droit immobilier qui puisse leur être opposé. Il faut donc voir quel est l'effet de la vente alternative de deux immeubles : l'acheteur acquiert-il la propriété d'un de ces immeubles en vertu du contrat, et peut-il opposer son droit aux tiers? C'est sur ce point qu'il y a controverse; nous avons

examiné la question ailleurs (t. XVII, n° 221). Dans notre opinion, l'acheteur ne devient pas propriétaire, pas même conditionnel; donc il n'a aucun droit à opposer aux tiers, et, par conséquent, on n'est pas dans le texte de l'article 1er de la loi. L'acheteur n'étant pas propriétaire, il faut décider que la propriété des deux immeubles reste au vendeur. Il s'est, il est vrai, obligé de transmettre la propriété de l'un de ces immeubles à l'acheteur, mais une obligation n'engendre qu'un lien personnel entre le créancier et le débiteur; la vente alternative ne peut donc pas être opposée aux tiers. Si le vendeur, après avoir vendu sous alternative, vend les deux immeubles, il transférera la propriété à l'acheteur; le premier acquéreur sous alternative n'a qu'une action personnelle contre son vendeur; il ne peut pas opposer son droit aux tiers, puisqu'il n'en avait point. Donc la transcription de la vente alternative n'aurait pas de raison d'être.

On objecte de nouveau que la vente alternative de deux immeubles, opérant nécessairement la translation de la propriété d'un immeuble, doit être transcrite pour que l'acheteur soit propriétaire à l'égard des tiers. Cela est évident. La difficulté est de savoir quand doit se faire la transcription. Dans l'opinion générale, elle doit se faire lors du contrat, comme pour toute vente. Nous demandons à quoi bon? Est-ce que la transcription empêchera le vendeur d'aliéner? Il reste propriétaire; donc il peut aliéner, et, en aliénant, il transférera la propriété. Vainement dira-t-on que le vendeur s'est obligé à transmettre l'un des immeubles à l'acheteur. La question est de savoir si cette obligation peut être opposée aux tiers; or, la négative est bien certaine. L'acheteur n'est pas propriétaire, pas même à l'égard du vendeur, car on ne peut pas être propriétaire d'une chose incertaine; cela n'a pas de sens. N'étant pas propriétaire à l'égard du vendeur, comment l'acheteur serait-il propriétaire à l'égard des tiers? Et s'il ne l'est pas à leur égard, à quoi lui servirait la transcription de son titre? La transcription suppose que celui qui transcrit est propriétaire, et qu'il veut assurer son droit à l'égard des tiers. Si l'acheteur n'est pas propriétaire, il n'a pas de droit

à assurer; donc la transcription serait inopérante. Quand sera-t-il propriétaire? Lorsque l'option aura été faite. C'est seulement alors que l'acheteur est intéressé à opposer son droit aux tiers et, par conséquent, à transcrire. La transcription doit donc se faire, mais seulement après l'option. Régulièrement le consentement qui constitue l'option devrait être transcrit et, par conséquent; acté. Bien que la loi ne prévoie pas la difficulté, nous croyons qu'elle doit être décidée en ce sens. En effet, la loi veut que la convention soit transcrite, et transcrite en entier. Or, un des éléments essentiels de la vente, c'est l'objet vendu : la vente sous alternative ne fait pas connaître cet objet; il manque donc quelque chose à la perfection du contrat, c'est l'option qui le complète; donc l'option en est une partie essentielle, et, à ce titre, elle doit être portée à la connaissance des tiers.

59. On suppose qu'une vente est faite par un gérant d'affaires, soit comme vendeur, soit comme acheteur. Cette vente doit-elle être transcrite, et la transcription aura-t-elle les effets que la loi hypothécaire y attache? Nous préférerions poser la question en d'autres termes. La gestion d'affaires est un fait juridique d'une nature si vague, qu'il est très-difficile d'en déterminer les limites : que peut faire un gérant d'affaires? est-ce gérer les affaires que d'acheter des biens pour le maître? On ne fait pas ses affaires par là; on l'engage dans une affaire qui n'était pas la sienne, on spécule; et spéculer, prendre l'initiative d'une affaire étrangère au maître, cela s'appelle-t-il gérer ses affaires? Nous en doutons. Mais le cas que nous avons en vue pour l'application de l'article 1er de la loi hypothécaire peut se présenter dans d'autres circonstances. Aux termes de l'article 1119, on ne peut pas s'engager en son nom pour un tiers; mais l'article 1120 ajoute que l'on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci. On peut donc faire une vente pour un tiers en se portant fort pour l'acheteur ou pour le vendeur. Nous avons examiné ailleurs l'effet de ces promesses, ainsi que des stipulations que l'on fait pour un tiers. Pour le moment, il s'agit de savoir si une vente dans laquelle le vendeur ou l'acheteur ne figurent, ni en personne, ni par un mandataire, doivent

être transcrites et quel sera l'effet de la transcription.

Il y a une hypothèse sur laquelle on est à peu près d'accord. Un tiers vend en mon nom, mais sans mandat de ma part : cette vente doit-elle être transcrite? et si l'acheteur transcrit, en résultera-t-il que les actes faits par le vendeur après la transcription ne pourront être opposés à l'acheteur? Il faut voir quel est l'effet de cette vente? Est-elle translative de propriété? La négative est certaine; le vendeur ne peut pas être dépouillé de sa propriété par un tiers qui vend la chose du maître en son nom, mais sans son consentement. Il est d'évidence que sans le consentement du propriétaire il n'y a pas de transport de propriété; le propriétaire conserve donc tous ses droits sur la chose, il en peut disposer; et s'il le fait, ces actes sont pleinement valables. Quand la vente consentie par le tiers au nom du maître se formera-t-elle? Il faut que le maître ratifie ce qui a été fait en son nom. Cette ratification aura-t-elle un effet rétroactif? On cite le vieil adage que la ratification équivaut au mandat. Cela peut se soutenir entre les parties, encore l'adage est-il très-contestable (t. XXVIII, n° 74); mais il est impossible qu'en ratifiant la vente, le maître dépouille les tiers auxquels il a concédé des droits avant la ratification; ces droits subsistent, parce que ce sont des droits acquis (t. XXVIII, n° 75). La ratification ne peut donc avoir d'effet qu'entre les parties contractantes. Il suit de là que la vente n'existera à l'égard des tiers qu'à partir de la ratification, à condition, bien entendu, que l'acte de vente et la ratification soient transcrits; et c'est seulement la transcription de la ratification qui donnera effet à la vente à l'égard des tiers. La transcription de l'acte de vente avant la ratification est donc inutile; il y a plus; dans la rigueur des principes, elle ne peut se faire, car cette vente n'est pas translative de propriété; dès lors l'article 1er de la loi hypothécaire est inapplicable. L'acte de vente et la ratification sont deux éléments de la convention, et doivent, par conséquent, être rendus publics simultanément (1).

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 68, n° 32. Aubry et Rau, t. II, p. 288, note 6, § 209. Comparez Troplong, *De la transcription*, p. 224, n° 55. Voyez le t. XV de mes *Principes*, n° 550.

60. Il y a une seconde hypothèse plus difficile. Je vends un immeuble à Pierre, qui déclare l'acheter au nom de Paul, sans avoir de mandat de sa part. L'acheteur doit aussi ratifier ce qui a été fait en son nom. En faut-il conclure que la vente n'existera à l'égard des tiers qu'à partir de cette ratification? Ce serait bien notre avis. Il ne peut pas plus y avoir de vente sans le consentement de l'acheteur que sans le consentement du vendeur; or, le consentement de l'acheteur ne se donne, dans l'espèce, que lors de la ratification. Cette ratification peut rétroagir entre les parties; mais peut-elle rétroagir à l'égard des tiers? Là est le nœud de la difficulté. Les auteurs s'accordent à enseigner que la vente doit être transcrite et que l'acte transcrit pourra être opposé aux tiers; mais ils ne s'entendent guère sur les motifs de décider, ce qui est l'essentiel. La plupart imaginent une condition qu'ils font rétroagir, mais cette condition est une pure supposition. D'autres disent que la vente est un contrat boiteux, qui lie le vendeur sans lier l'acheteur. Cette solution est tout aussi arbitraire. Il est bien vrai que le vendeur s'oblige à ne pas disposer de la chose au préjudice de l'acheteur, mais c'est là une simple obligation, pour mieux dire, une simple offre, puisque celui à qui elle est faite l'ignore et ne donne son consentement que lors de l'acceptation. C'est seulement à ce moment que se forme le contrat de vente; par conséquent, ce n'est qu'après cette ratification que la vente existera et qu'elle devra être transcrite. Toute transcription antérieure serait inopérante, car elle rendrait publique une convention qui n'a pas encore reçu sa perfection (1).

61. Il y a une troisième hypothèse, celle de la vente avec déclaration de command. On appelle ainsi une vente dans laquelle l'acheteur se réserve la faculté d'indiquer, dans un certain délai, une tierce personne, son *command* ou son *ami*, qu'il ne fait pas connaître pour le moment et qui prendra le marché pour son compte. Si l'acquéreur fait

(1) Comparez, en sens divers, Aubry et Rau, t. II, p. 288, note 5, § 209; Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 72, nº 33; Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 77, nºˢ 126 et 127.

la déclaration dans le délai, et si elle est acceptée, il est censé n'avoir pas acheté, la propriété n'a jamais reposé sur sa tête, pas plus à l'égard des tiers qu'entre les parties. De là la nécessité de la transcription de la vente et de l'élection de command. La vente doit être transcrite, que l'acquéreur fasse ou non la déclaration de command. S'il ne la fait pas, il reste propriétaire incommutable, et, par conséquent, il est soumis au droit commun : il doit transcrire pour pouvoir opposer son acte à ceux auxquels le vendeur aurait conféré avant la vente des droits non rendus publics, ou auxquels il conférerait des droits. Si l'acquéreur fait la déclaration de command, le véritable acquéreur prend sa place à partir de la vente, et il a le même intérêt à ce que la transcription se fasse.

La déclaration de command doit aussi être rendue publique, afin que le command soit propriétaire à l'égard des tiers à partir de la vente; si la déclaration est transcrite, il pourra opposer son acte aux tiers qui auraient traité avec l'acquéreur en nom depuis la transcription de la vente. Cette transcription avertit les tiers qu'il y aura un command, et doit, par conséquent, assurer les droits du command contre les tiers.

L'acceptation du command doit-elle être transcrite? On pourrait soutenir que la transcription est nécessaire, puisque c'est par cette acceptation que se forme définitivement le contrat de vente au profit du command. Si elle n'est pas rendue publique, les tiers ne peuvent pas savoir qui est propriétaire, le command ou l'acquéreur en nom; or, la publicité est établie pour que les tiers connaissent exactement la situation immobilière de celui avec qui ils traitent. C'était le premier avis de Mourlon; il l'a rétracté. On dit que la déclaration de command ne fait que réaliser la condition sous laquelle la vente a été faite, et les conditions accomplies ne sont pas rendues publiques. La comparaison est-elle bien exacte? L'acceptation du command est plus qu'un fait, c'est un consentement; c'est donc un des éléments du contrat; or, tous ces éléments doivent être portés à la connaissance des tiers, sinon la publicité reste imparfaite, et une demi-publicité n'atteint pas le but que le

législateur a eu en vue en ordonnant la transcription (1).

62. La loi française de 1855 (art. 1er, n° 4) dispense de la transcription l'adjudication sur licitation au profit d'un cohéritier, parce que cette adjudication équivaut à un partage; or, d'après ladite loi, les partages ne doivent pas être transcrits. Il en est autrement dans notre droit; la loi hypothécaire soumet à la transcription les actes déclaratifs de droits réels immobiliers, donc tout partage d'immeubles, et, par conséquent, l'adjudication sur licitation, sans qu'il y ait à distinguer si elle se fait entre cohéritiers ou au profit d'un étranger. Il suit de là que les difficultés qui se présentent dans la législation française, en matière de licitation (2), ne se rencontrent pas sous l'empire de notre loi : que la licitation soit un acte translatif ou déclaratif, elle doit toujours être transcrite.

2. DE LA DATION EN PAYEMENT.

63. La dation en payement est assimilée à la vente; il y a, il est vrai, quelques différences que nous avons signalées ailleurs, mais, sous le rapport de la transcription, il n'y en a pas. En effet, ce qui caractérise la dation en payement, c'est qu'elle est translative de propriété; elle tombe donc directement sous l'application de l'article 1er de notre loi hypothécaire (3).

Le code civil consacre cette théorie, en l'appliquant à la dation en payement qui se fait entre époux. L'article 1595 porte que le contrat de *vente* ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas qu'il énumère; or, il se trouve que dans ces trois cas il y a dation en payement; donc la loi considère la dation en payement comme une vente. Il s'ensuit que la dation en payement, dans les cas où la loi l'autorise entre époux, est soumise à la transcrip-

(1) Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 288, notes 7 et 8, § 209, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Comparez Cassation, 29 mai 1876 (Dalloz, 1876, 1, 377), et Rejet, 8 mars 1875 (Dalloz, 1876, 1, 369).

(3) Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 106, n° 175. Troplong, *De la transcription*, p. 232, n° 64.

tion (1). Quels sont les cas où, par exception, la loi permet entre époux le contrat de vente sous la forme d'une dation en payement? Nous avons répondu à la question, au titre qui est le siége de la matière.

64. Après la dissolution du mariage, il y a lieu assez fréquemment à une dation en payement entre époux ou leurs héritiers pour payer les reprises de la femme. La femme qui renonce à la communauté perd tout droit sur les biens communs, mais elle conserve son droit aux reprises qui lui sont dues. Elle reprend le prix de ses immeubles aliénés dont il n'a pas été fait remploi, ainsi que les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté (art. 1493). La femme est, de ce chef, créancière d'une somme d'argent : si elle reçoit en payement des immeubles, il y a dation en payement et, par suite, lieu à transcription, quand même elle recevrait des biens de la communauté; en effet, par sa renonciation elle a perdu toute espèce de droit sur ses biens, qui sont devenus la propriété exclusive du mari; d'où suit que, si elle consent à recevoir de son mari des immeubles pour l'acquittement de sa créance, elle les prend, non en vertu d'un droit de propriété, puisqu'elle a cessé d'être copropriétaire, mais à titre de dation en payement. La cour de cassation en a conclu, et la chose n'est pas douteuse, que cette convention constitue une véritable vente et en a tous les effets; ce qui décide la question de transcription (2).

65. Quand la femme commune accepte, elle exerce ses reprises d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté; dans ce dernier cas, le choix des immeubles est déféré à la femme et à ses héritiers. Est-ce que la femme qui exerce ses reprises sur les immeubles est un créancier qui reçoit des immeubles en payement de sa créance, et doit-elle transcrire cette convention? Nous dirons plus loin que les prélèvements que la femme fait sur les biens de la com-

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 290, notes 16 et 18, § 209. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 105, n° 46.

(2) Rejet, 8 février 1858 (Dalloz, 1858, 1, 70). Aubry et Rau, t. II, p. 291, note 18, § 209.

munauté sont considérés comme une opération de partage et doivent, à ce titre, être transcrits; d'après la loi française, qui ne soumet pas le partage à la transcription, la femme ne doit pas transcrire (1).

La femme, en cas d'insuffisance de la communauté, exerce ses reprises sur les biens personnels du mari. Si elle reçoit un immeuble en payement de ce qui lui est dû, il y a dation en payement, et, par conséquent, lieu à transcription.

3. DE L'ÉCHANGE.

66. Les échanges d'immeubles ou de meubles contre des immeubles sont soumis à la transcription, car l'échange est un contrat essentiellement translatif de propriété (2). Ainsi quand, pendant le mariage, l'un des époux communs reçoit un immeuble en échange contre un propre, il doit transcrire l'acte pour devenir propriétaire à l'égard des tiers (art. 1407). La loi permet même l'échange à la femme dotale sous les conditions qu'elle détermine (art. 1559); il va sans dire que l'acte est soumis à la transcription.

4. DE LA SOCIÉTÉ.

67. Si l'un des associés fait un apport immobilier à la société, l'acte qui constate cet apport doit être transcrit. Les auteurs qui admettent généralement que la société, même civile, forme un être moral, disent que l'apport est un acte translatif de propriété, parce que la société a une personnalité distincte; ce qui rend applicable l'article 1er de notre loi hypothécaire, puisque, par l'effet de l'apport, il y a transmission de la propriété d'une personne à l'autre (3). D'après cela, il faudrait dire, dans l'opinion contraire, qui est la nôtre, que, la société civile ne formant pas une personne distincte de celle des associés, il n'y a pas de trans-

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 106, n° 47.
(2) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 41, n° 21.
(3) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 41, n° 21. Troplong, *De la transcription*, p. 234, n° 63.

port de propriété d'une personne à l'autre et que, par suite, l'acte de société ne doit pas être transcrit. Ce serait mal raisonner. L'immeuble apporté dans la société par l'un des associés cesse d'être sa propriété exclusive, pour devenir la propriété commune des associés; il y a donc une mutation dans la propriété : celui qui était propriétaire exclusif n'est plus que copropriétaire, et les autres associés acquièrent un droit de copropriété qu'ils n'avaient point. L'article 1845 confirme cette opinion; il porte que l'associé est garant de l'éviction que la société éprouve de l'objet qu'il y a mis, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur; ainsi le code assimile l'apport à une vente; ce qui est décisif au point de vue de la transcription (1).

68. Quand l'un des associés cède l'intérêt qu'il a dans une société dont l'actif comprend des immeubles, il faut distinguer s'il s'agit d'une société de commerce ou d'une société civile. Quand la société est commerciale, on applique l'article 529, qui porte : « Sont meubles par la détermination de la loi, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement tant que dure la société. » La conséquence est évidente en ce qui concerne la transcription : l'associé qui vend son intérêt dans une société commerciale, vend un droit mobilier; il ne peut donc pas s'agir de transcrire l'acte de cession.

Que faut-il décider si un associé cède sa part dans une société civile dont l'actif comprend des immeubles? Si la vente se fait à un étranger, la solution n'est point douteuse : l'acte devra être transcrit. En effet, dans une société civile, l'actif est la propriété des associés, puisque la société ne constitue pas un être moral; l'associé qui vend sa part vend donc sa part dans les immeubles qui font partie de l'actif social, partant, il fait une vente immobilière, ce qui rend la transcription nécessaire. Il en serait de même si l'associé cédait sa part à un associé, la nature

(1) Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 173, n° 266. Aubry et Rau, t. II, p. 291, note 20, § 209.

du contrat ne change point d'après la qualité de l'acheteur. Toutefois, il y a un cas dans lequel l'acte ne serait plus translatif de propriété; s'il n'y avait que deux associés et si l'un cédait sa part à l'autre, la cession mettrait fin à la société et tiendrait lieu de partage. D'après notre législation, cela est indifférent, puisque les actes déclaratifs de propriété immobilière sont aussi soumis à la transcription; tandis que, d'après la loi française, le partage ne devant pas être transcrit, il n'y aurait pas lieu à transcription dans l'espèce (1).

69. Si l'acte de liquidation d'une société contenait un transport de propriété, il va sans dire qu'il serait sujet à transcription. D'après notre législation, il y aurait lieu à transcription, quand même l'acte serait simplement déclaratif de droits réels immobiliers.

Il a été jugé, en vertu de la loi française de 1855, que l'acte par lequel un époux cède à l'autre ou à ses héritiers, en cas d'acceptation de la communauté par la femme, un immeuble à lui propre, et destiné à remplir l'autre de ses reprises, est sujet à transcription. Il en serait de même si le mari cédait à sa femme, acceptant la communauté, un immeuble de la communauté pour la remplir de ses reprises; dans ce cas on pourrait soutenir qu'il y a partage, ce qui donne lieu à controverse en droit français (2); d'après notre loi, il y a toujours lieu à transcription, que l'acte soit déclaratif ou translatif de propriété immobilière.

5. DE LA TRANSACTION.

70. En principe, la transaction est un acte déclaratif de propriété; les parties contractantes n'entendent pas transmettre des droits ni en acquérir, elles préviennent une contestation ou elles mettent fin à un procès; quant aux biens immobiliers qu'elles gardent ou qu'elles reçoivent, la transaction les leur attribue, comme leur ayant appartenu avant le litige, elles n'acquièrent donc rien; partant,

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 291, notes 21 et 22, § 209 et les auteurs qu'ils citent.

(2) Rejet, 8 mars 1875 (Dalloz, 1876, 1, 369).

l'acte ne doit pas être transcrit comme acte translatif de propriété immobilière (1).

Doit-il être transcrit comme acte déclaratif? La question est douteuse. En théorie, il faudrait se décider pour la transcription. Les tiers sont intéressés à connaître le résultat de la transaction, c'est un des éléments de la situation immobilière de celui avec qui ils traitent; si la transaction ne transfère pas la propriété, du moins elle la consolide, ce que les tiers sont aussi intéressés à savoir. Mais la question doit être résolue d'après le texte. Or, la loi ne soumet pas à la publicité tous les actes que les tiers auraient intérêt à connaître; l'article 1er de la loi hypothécaire doit donc être interprété restrictivement (n° 31). Reste à préciser ce que l'on doit entendre, dans l'article 1er, par actes *déclaratifs* de droits réels immobiliers. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point; le législateur a voulu soumettre à la transcription les partages; le texte est donc étranger à la transaction. Ce qui lève tout doute, c'est que la loi n'ordonne pas la transcription de tous les jugements : il n'y a que les jugements qui transfèrent la propriété et ceux qui tiennent lieu de titre, dont le législateur prescrit la publicité; il en doit être de même des transactions qui tiennent lieu de jugement

On pourrait croire que la transaction est soumise à la transcription parce qu'elle implique une renonciation, toute transaction contenant un sacrifice réciproque que les parties font pour leur tranquillité. Or, la loi soumet à la transcription les renonciations à des droits réels immobiliers, ce qui semble rendre nécessaire la publicité des transactions. Toutefois, il faut décider que les transactions ne doivent pas être transcrites à titre d'actes de renonciation. Nous disons plus loin que la loi entend par là des actes qui emportent une transmission de propriété immobilière. Or, la transaction n'est pas, par sa nature, translative de propriété : ce qui est décisif (2).

71. Il y a cependant des cas où la transaction est trans-

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 239, n° 69.

(2) Troplong, *De la transcription*, p. 241, n° 71. Comparez le t. XXVIII de mes *Principes*, n° 397.

lative de propriété et où, par conséquent, elle doit être transcrite. Nous en avons fait la remarque, au titre qui est le siége de la matière. Si l'une des parties abandonne à l'autre un immeuble sur lequel il n'y avait pas de contestation, cet abandon constitue une transmission de propriété immobilière, et partant, il y a lieu à la transcription (t. XXVIII, n° 394).

6. DU CONTRAT DE MARIAGE.

72. Le contrat de mariage doit être transcrit quand il contient une transmission de propriété. C'est le droit commun, et la loi ne fait aucune exception à la règle pour les conventions matrimoniales. Elle les voit avec une grande faveur et, pour ce motif, elle dispense de l'acceptation expresse les donations qui y sont faites. Mais il n'y avait aucune raison de les dispenser de la transcription, prescrite dans un intérêt social.

73. Il y a des contrats de mariage tacites : telle est la communauté légale. Sous ce régime, les époux mettent en commun leur fortune mobilière présente et future, ce qui est étranger à la transcription. Ils mettent encore en commun la jouissance de leurs biens immeubles. Est-ce un véritable usufruit, c'est-à-dire un droit réel immobilier? La question est controversée. Nous croyons que de quelque manière que l'on considère la jouissance de la communauté, il n'y a pas lieu à la transcription. Pour transcrire il faut un acte, or, dans l'espèce, il n'y a pas d'acte; la base de la transmission fait donc défaut. Si le législateur avait voulu que la transmission à la communauté de la jouissance des propres fût rendue publique, il aurait dû prescrire un mode de constater cette transmission, c'est-à-dire un écrit authentique que le conservateur aurait été chargé de transcrire. Il ne l'a pas fait, dès lors la transcription devient impossible, ce qui tranche la difficulté.

74. Elle se représente dans la communauté d'acquêts, sous le régime d'exclusion de communauté et sous le régime dotal. La solution dépend du point de savoir si la jouissance de la communauté ou du mari est un droit réel

immobilier. On admet généralement que, sous le régime dotal, le mari est un véritable usufruitier, et l'on enseigne que le contrat de mariage doit être transcrit quand la constitution de dot est faite à titre particulier. Si elle est à titre universel, on décide que la transcription ne doit pas être faite, parce que le mari n'y a aucun intérêt; et il n'y est pas intéressé, parce que étant usufruitier universel de la dot, il est tenu de toutes les dettes antérieures de la femme, donc aussi de la garantie s'il évinçait un acquéreur qui n'aurait pas transcrit. Pour la même raison on décide qu'il n'y a pas lieu à transcription sous les deux autres régimes où le mari est usufruitier de tous les biens de la femme (1). Il y aurait bien des choses à objecter à cette argumentation. Nous nous bornons à un motif de décider qui nous paraît péremptoire : le contrat de mariage est-il, oui ou non, translatif d'un droit réel immobilier? Si oui, la transcription doit être faite, quand même le mari n'y aurait aucun intérêt, en ce sens que la loi la prescrit, pour que le mari puisse opposer son droit aux tiers, sauf à voir ensuite quelle est l'obligation du mari à l'égard des tiers; si l'acte n'est pas translatif d'un droit réel immobilier, le mari n'est pas tenu de transcrire, quand même les tiers et par conséquent le mari y seraient intéressés. En d'autres mots, l'intérêt est une question de fait, que l'on ne peut jamais décider d'une manière absolue *a priori*. La question doit donc être décidée en droit; et en droit, il n'y a pas de question, dès que l'on admet que le contrat de mariage est translatif d'un droit réel immobilier. Or, l'on est d'accord sur ce point, quand les époux sont mariés sous le régime dotal, ce qui est décisif pour les autres régimes, car la jouissance du mari est la même, sauf des différences de détail qui sont étrangères à la difficulté.

75. Les clauses d'ameublissement doivent-elles être transcrites? Il y a une grande divergence d'opinions sur cette question (2). La signification même de ces clauses est controversée, comme nous l'avons dit au titre du *Contrat*

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 253, nos 84-88. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 128, nos 50 et 51. En sens contraire, Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, p. 105, nos 143-146.

(2) Voyez Aubry et Rau, t. II, p. 292, et notes 24 et 25, et les auteurs cités

de mariage. A notre avis, la question est décidée par les textes. Tout acte translatif d'immeubles doit être transcrit pour être opposable aux tiers. La difficulté se réduit donc à savoir si l'ameublissement est translatif de propriété. Or, les textes répondent à notre question. La loi distingue l'ameublissement déterminé et l'ameublissement indéterminé. Aux termes de l'article 1506, l'ameublissement est *déterminé* quand l'époux a déclaré ameublir et mettre en communauté un *tel* immeuble, en *tout* ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme; et l'article 1507 porte que l'ameublissement *déterminé* a pour effet de rendre les immeubles qui en sont frappés, biens de la communauté comme les meubles mêmes. Donc l'ameublissement déterminé est, dans les deux cas, translatif de propriété, ce qui décide la question de transcription. On fait des objections pour le cas où l'ameublissement a lieu jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Nous y avons répondu au titre du *Contrat de mariage* (t. XXIII, n° 267).

Quant à l'ameublissement indéterminé, le code dit (art. 1508) qu'il *ne rend point la communauté propriétaire* des immeubles qui en sont frappés : donc cette clause n'est pas translative de propriété, dès lors il ne peut être question de la transcrire. On objecte que ladite clause oblige l'époux qui l'a consentie à comprendre dans la masse, lors de la dissolution de la communauté, quelques-uns de ses immeubles, jusqu'à concurrence de la somme par lui promise. Si ces immeubles tombent au lot de l'autre conjoint ou de ses héritiers, il en résultera une transmission de propriété : cette transmission ne doit-elle pas être rendue publique, en vertu de la règle générale de l'article 1er de notre loi hypothécaire? L'affirmative est certaine; reste à savoir quel est l'acte qui doit être rendu public. A notre avis, c'est l'acte de partage, car la clause d'ameublissement ne fait pas connaître l'immeuble que l'époux mettra dans la masse. Ce qu'il y aurait de plus logique, ce serait de dresser un acte séparé qui constate l'apport et la transmission de l'immeuble à l'autre conjoint (1).

(1) Voyez, sur ce dernier point, Aubry et Rau, t. II, p. 293, et note 26, et les auteurs cités.

La communauté universelle a pour effet d'ameublir tous les immeubles des époux, et d'en transporter la propriété à la communauté ; donc le contrat de mariage qui stipule ce régime doit être transcrit (1).

76. Il y a encore, en matière de communauté, un acte fréquent qui donne lieu à de vives controverses. Le remploi est une acquisition d'un immeuble, faite des deniers provenant de l'aliénation d'un propre de l'un des époux, avec déclaration que cette acquisition est faite pour lui tenir lieu du propre vendu. L'acquisition d'un immeuble est certainement un acte translatif de propriété immobilière, et à ce titre l'acte doit être transcrit. Sur ce point il ne saurait y avoir de doute ; mais il y a quelque chose de spécial en ce qui concerne le remploi fait au profit de la femme. Aux termes de l'article 1435, la déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de remploi ne suffit point, si elle n'a formellement accepté le remploi. On demande si l'acte contenant l'acceptation de la femme doit être transcrit. Les avis sont très-divisés, ce qui tient à l'incertitude qui règne dans la doctrine sur la nature de l'acceptation de la femme. Nous avons enseigné qu'il fallait s'en tenir à la tradition, d'après laquelle l'acquisition est faite par le mari, en sa qualité d'administrateur légal, c'est-à-dire, de mandataire, mais avec cette restriction, que la loi ne lui permet pas de faire le remploi sans le concours de la femme. On se trouve donc dans le cas prévu par l'article 1998 : la femme mandante n'est tenue de ce qui a été fait au delà de son mandat, qu'autant qu'elle l'a ratifié ; et cette ratification, d'après l'article 1435, doit être formelle. Il suit de là qu'il n'y a transmission de l'immeuble à la femme, que lorsqu'elle a accepté le remploi. D'après cela il nous semble que l'acceptation est une partie intégrante de l'acte, partant, elle est soumise à la transcription. L'intérêt des tiers l'exige. Si l'acte d'acquisition seul est transcrit, les tiers ne sauront pas, par les registres du conservateur, qui est propriétaire ; c'est cepen-

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 293, et note 27, § 209, et les auteurs cité.

dant là le premier renseignement que la transcription est destinée à leur fournir. Quand la femme accepte, elle est censée avoir acheté, le mari disparaît, comme le mandataire en présence du mandant, mais il faut qu'il y ait preuve du mandat; or, dans l'espèce, le mandat résulte de la ratification qui équipolle au mandat; donc l'acceptation complète l'acquisition; elle doit être, par conséquent, portée à la connaissance des tiers (1).

N° 3. DES ACTES TRANSLATIFS DE DROITS RÉELS IMMOBILIERS.

77. Les démembrements de la propriété constituent, à proprement parler, les *droits réels immobiliers* dont parle l'article 1er de la loi. Quand ils sont établis par acte entre-vifs, il y a lieu à transcription. Il est vrai que, dans ce cas, l'expression dont la loi se sert est impropre. On ne dit pas de celui qui constitue un droit réel, qu'il *transfère* ce droit; cependant, au point de vue des principes, le mot *translatif* peut se justifier. Si je constitue un usufruit (2), une emphytéose (t. VIII, n° 366), une superficie (t. VIII, n° 417), une servitude réelle (t. VIII, n° 155), je transmets à l'acheteur un démembrement de mon droit de propriété, lequel comprend tous les droits réels qui peuvent en être détachés; en ce sens l'acte est *translatif* et tombe sous l'application littérale de l'article 1er de notre loi hypothécaire.

Nous venons d'énumérer les droits réels qui sont un démembrement de la propriété d'un immeuble (2). Il faut y ajouter l'usage d'un immeuble, et le droit d'habitation qui a nécessairement pour objet un immeuble. Quant aux priviléges immobiliers et aux hypothèques, nous dirons plus loin que ce sont aussi des droits réels immobiliers, mais la loi a organisé une publicité spéciale pour les actes qui les constatent. Il s'agit des actes qui constituent les priviléges

(1) Voyez, en sens divers, Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 133, n°s 53-62; Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 203, n°s 299 et 300; Aubry et Rau, t. II, p. 289, note 10, § 209.

(2) Nous avons examiné, au titre de l'*Usufruit*, les difficultés qui se présentent en matière de transcription (t. VI, n°s 347-351).

et les hypothèques. Quant à la transmission des créances privilégiées et hypothécaires, la loi la soumet également à une publicité spéciale (art. 5).

78. La publicité des servitudes donne lieu à quelques difficultés. On demande d'abord si les servitudes apparentes doivent être rendues publiques par la transcription des actes entre-vifs qui les constituent. Si l'on s'en tient au texte, il n'y a aucun doute; ces servitudes sont des droits immobiliers, donc la loi est applicable. D'après le projet du gouvernement, tel qu'il avait été admis par la commission et par la chambre des représentants, la constitution des servitudes apparentes n'était pas soumise à la publicité. Ces servitudes, disait la commission spéciale, sont peu dommageables pour la propriété, et elles s'annoncent d'ailleurs par des signes qui frappent les yeux : à quoi bon rendre publiques des charges qui sont publiques de leur nature? C'étaient d'assez mauvaises raisons. Nous venons de dire (n° 74) que la considération d'intérêt est indifférente au point de vue du droit, parce qu'on n'est jamais sûr qu'il n'y ait pas d'intérêt à la publicité quand il s'agit d'un acte qui, par sa nature, intéresse les tiers. Le gouvernement et la chambre des représentants trouvaient que la transcription était inutile, le sénat fut d'avis qu'elle était utile; et il avait raison. Quel est le grand avantage de la publicité? C'est, d'une part, de mettre l'acquéreur d'un immeuble, ainsi que les créanciers, à l'abri du préjudice qu'ils éprouveraient si l'on pouvait leur opposer des actes antérieurs à leur acquisition et non transcrits; or, la servitude apparente peut rester occulte tant qu'elle n'est pas exercée; les apparences peuvent encore être trompeuses. Il n'y a qu'un moyen certain d'empêcher les actes occultes, c'est d'en ordonner une publicité légale. Cette publicité a encore l'avantage de donner aux tiers une connaissance exacte de la situation immobilière de celui avec qui ils traitent; ils n'ont qu'à consulter le registre aux transcriptions. Mais il faut pour cela que ce registre soit complet; un registre incomplet induit en erreur, parce que les tiers peuvent croire qu'il n'y a pas d'autres charges que celles qui y sont mentionnées: ce serait un mauvais système de

publicité que de les obliger à parcourir les fonds de leur débiteur, pour voir s'ils ne sont pas grevés de servitude. La commission du sénat conclut qu'il fallait ordonner la publicité des servitudes, quand même elle pourrait se trouver inutile (1). Voilà le vrai principe en matière de publicité.

79. La commission du sénat dit, dans son rapport, que la transcription n'est évidemment pas exigée pour les servitudes légales. Cela est trop absolu. L'expression de *servitudes légales* désigne des charges d'une nature très-différente; il faudrait encore y comprendre, d'après la terminologie du code, les servitudes qui dérivent de la situation des lieux, car il est certain que les charges n'existent que parce que la loi les établit; en ce sens, ce sont aussi des servitudes légales.

Dans cette large acception, le mot *servitudes légales* comprend des charges qui ne sont pas des servitudes; ce sont plutôt des modifications de la propriété que la coexistence des hommes dans l'état de société rend nécessaires. Jusqu'où doivent ou peuvent aller ces restrictions, sans qu'il en résulte pour le propriétaire un droit à une indemnité? Cette question, très-délicate en théorie, a été tranchée par notre législation contre les propriétaires; ils doivent subir les charges que la loi ou la nature leur impose, sans indemnité aucune, sauf dans les cas où la loi leur donne droit à une indemnité. C'est dire que la propriété peut être restreinte sans qu'il en résulte un démembrement, une aliénation partielle; en ce sens, les servitudes légales qui apportent des restrictions au droit de propriété ne sont pas des droits réels immobiliers; partant il n'y a pas lieu de les rendre publiques. Si le législateur avait voulu les soumettre à la publicité, il aurait dû organiser un mode de les constater par des actes, car les servitudes légales étant établies par la loi, la base manque à la transcription.

On peut rapporter à ces charges légales qui restreignent la propriété ce que l'on appelle parfois la servitude d'ali-

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 13, 7°), et de la commission de la chambre des représentants (Parent, p. 115); Rapport de la commission du sénat (Parent, p. 397).

gnement; c'est-à-dire les prohibitions ou obligations établies par les lois et règlements relatifs à l'alignement et à la hauteur des constructions. Quand un propriétaire est obligé de reculer la façade d'une maison riveraine de la voie publique, la partie du fonds qu'il abandonne est réunie à la voie et fait dès lors partie du domaine public, sans qu'il y ait lieu à transcription. Il en serait même ainsi dans le cas où l'alignement donné à un riverain emporterait une expropriation pour cause d'utilité publique. Nous reviendrons sur ce point (1).

Il y a des servitudes légales, établies dans l'intérêt public, qui démembrent la propriété, en ce sens que le propriétaire ne peut rien faire sur son fonds qui soit contraire à l'intérêt social, à raison duquel la charge a été établie: telle est la servitude de marchepied, mentionnée dans l'article 650. Il y a des servitudes plus onéreuses encore, ce sont les servitudes militaires. Ces charges existent en vertu de la situation des fonds, elles sont consacrées par la loi, sans qu'elle ait prescrit la publicité; et l'article 1er de notre loi est aussi inapplicable; il n'intervient aucun acte constatant l'établissement de ces charges; il ne peut pas même y avoir convention relative à une charge qui est d'intérêt public (art. 6). De ces servitudes légales, il faut encore dire, avec la commission du sénat, qu'il est évident qu'elles ne sont pas soumises à la transcription.

80. Le code place aussi parmi les servitudes légales les obligations auxquelles les propriétaires sont soumis l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention (art. 652). Ailleurs la loi (art. 1370) qualifie de quasi-contrats ces engagements formés involontairement entre voisins. Aux titres qui sont le siége de la matière, nous avons dit quels sont les vrais principes qui régissent ces prétendues servitudes légales, ou ces soi-disant quasi-contrats. Pour le moment, nous demandons si ces charges ou obligations donnent lieu à transcription. Il faut poser comme principe que si, à l'occasion de ces faits juridiques

(1) Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 411, n° 415. Aubry et Rau, t. III, p. 7 et note 1, § 209 *bis*.

il intervient un acte translatif de droits réels immobiliers, il doit être transcrit. Notre loi est générale, elle ne distingue pas entre les droits, et l'esprit de la loi est tout aussi général; il faudrait une disposition exceptionnelle pour soustraire à la publicité un acte translatif de propriété immobilière. Il en est ainsi de l'acquisition de la mitoyenneté par convention. La chose est évidente quand l'acquisition est volontaire, puisque c'est la vente d'une copropriété immobilière. Cela est tout aussi certain quand l'acquisition de la mitoyenneté est forcée; il n'en est pas moins vrai qu'il se forme une convention et qu'il y a un acte translatif de droits réels immobiliers (t. VII, n° 522); donc cet acte doit être transcrit.

A plus forte raison en est-il ainsi quand des propriétaires, en vendant ou en partageant un héritage, réservent une partie accessoire pour leur usage commun, par exemple une allée, une ruelle, une cour; c'est l'établissement d'une copropriété par convention. La cour de cassation qualifie cette copropriété de *servitude réciproque;* c'est confondre la propriété avec un démembrement de la propriété. Du reste, au point de vue de la transcription, peu importe que ce soit propriété ou servitude; toujours est-il que l'acte qui l'établit constate une convention translative d'un droit réel immobilier, partant il doit être transcrit (t. VII, n° 162).

81. Des lois nouvelles, portées en France et en Belgique, ont établi des servitudes dans l'intérêt de l'agriculture, servitude d'aqueduc, servitude d'écoulement des eaux d'irrigation, servitude d'appui, servitude d'écoulement en cas d'inondation et de drainage. Nous avons dit ailleurs comment ces servitudes s'établissent (1); elles sont légales en ce sens que la loi les établit dans un intérêt général; les tribunaux y interviennent; il y a donc des actes qui constatent l'établissement d'une servitude; dès lors on se trouve dans les termes de la loi : ces actes doivent être transcrits (2).

(1) Voyez le t. VII de mes *Principes*, p. 440 et suiv., n°s 375-416.
(2) Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 299, n°s 418-423. Aubry et Rau, t. III, p. 7, note 2. Comparez Mourlon, *De la transcription*, t. I, p 314, n°s 117 et 118.

N° 4. DE LA CESSION D'ACTIONS IMMOBILIÈRES.

82. La cession d'une action immobilière implique la transmission d'un droit réel immobilier, donc la nécessité de la transcription. En effet, l'action est inséparable du droit dont elle n'est que l'exercice ; si l'action est immobilière, c'est qu'elle a dû mettre entre les mains de celui à qui elle appartient, un immeuble ou un droit réel immobilier. C'est cette propriété ou ce droit qui, en réalité, fait l'objet de la cession ; la cession d'une action immobilière, sans la cession de l'immeuble ou du droit immobilier, serait un non-sens, puisque l'action n'est autre chose que la poursuite du droit. Cela est décisif en ce qui concerne la transcription.

83. Telle est la cession de l'action en revendication d'un immeuble. Le cessionnaire poursuit son droit en justice, il obtient gain de cause; quelle en sera la conséquence? C'est qu'il sera propriétaire de l'immeuble : en vertu de quel acte? Ce n'est pas en vertu du jugement, puisque le juge ne fait que déclarer les droits des parties ; il déclare donc que le cessionnaire est propriétaire de l'immeuble, en vertu de la cession qui lui a été faite pour revendiquer cet immeuble. C'est en ce sens qu'un adage romain dit : *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. Sans doute, l'action peut ne pas réussir, et, dans ce cas, le cessionnaire n'aura pas la propriété de la chose. Voilà pourquoi un autre adage dit : *Minus est habere actionem quam rem*. Est-ce à dire qu'il y ait une différence entre la cession de l'action et la cession de l'immeuble? Non, si le cessionnaire échoue dans sa demande, c'est que le cédant n'était pas propriétaire de l'immeuble ; et la même chose peut arriver dans la vente de l'immeuble, l'acheteur n'en acquerra point la propriété, si le vendeur n'en était pas propriétaire ; au point de vue de la translation de la propriété, il n'y a donc aucune différence entre céder un immeuble et céder l'action en revendication de cet immeuble. C'est dire que la cession de l'ac-

tion doit être transcrite, aussi bien que la vente de la chose (1).

84. Il en est de même de la cession d'une action en nullité ou en rescision d'un contrat translatif de propriété immobilière. La vente que j'ai faite d'un immeuble est rescindable pour cause de lésion. J'ai une action en rescision, en vertu de laquelle je puis recouvrer la propriété de l'immeuble. Ce n'est pas une revendication, car je dois avant tout demander la rescision de la vente, mais si la vente est rescindée, elle sera considérée comme n'ayant jamais existé, partant, moi je serai censé avoir toujours été propriétaire de l'immeuble. De là suit que si je cède l'action en rescision, je cède la chose même. Cela est si vrai que le cessionnaire peut hypothéquer l'immeuble, et l'hypothèque sera valable si la rescision est prononcée. Le juge déclarera que le cédant a toujours été propriétaire, et que le cessionnaire l'a été en vertu de l'acte de cession; donc cet acte est translatif de propriété immobilière : partant, il doit être transcrit (2).

85. Que faut-il décider de la cession de l'action en résolution d'une vente immobilière? La question est controversée. Il faut distinguer. S'il s'agit d'une condition résolutoire expresse, opérant la résolution de plein droit, sans l'intervention du juge, la cession de l'action est, à vrai dire, la cession de l'immeuble. En réalité, la convention est mal qualifiée, il n'y a pas d'action en résolution, puisque la résolution ne doit pas être demandée en justice; elle existe de plein droit par l'événement de la condition résolutoire. C'est donc la propriété de l'immeuble qui est cédée, ou, si l'on veut, l'action en revendication. Car celui qui agit revendique; si le juge intervient, c'est seulement pour constater que la condition est accomplie ou pour briser la résistance de celui dont le droit est résolu. La cession de l'action étant, dans ce cas, la cession de l'action en revendication d'un immeuble, il y a un acte translatif

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 227, n° 56.
(2) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 30, note 16. Aubry et Rau, t. II, p. 290, note 14, § 209, et les auteurs cités.

d'un droit immobilier qui doit être transcrit. Sur ce point, il n'y a aucun doute (1).

S'il s'agit d'une condition résolutoire tacite, la question devient douteuse. Je vends un immeuble, sans condition aucune. L'acheteur ne paye pas le prix. J'ai deux droits, une action en payement du prix, garantie par un privilége, et une action en résolution de la vente. Je cède l'action en résolution de la vente. Cette cession doit-elle être rendue publique par la transcription? On enseigne généralement qu'il n'y a pas lieu à transcrire, parce que la cession a pour objet un droit de créance et non un droit réel immobilier (2). N'est-ce pas confondre le droit au prix avec le droit de résolution? L'action en payement du prix est certainement mobilière, puisqu'elle tend à procurer une somme d'argent; mais l'action en résolution de la vente est immobilière, puisqu'elle tend à faire résoudre la vente, et si la vente est résolue, le vendeur et partant le cessionnaire seront considérés comme ayant toujours été propriétaires; la cession de l'action aura été la cession de la propriété : pourquoi cette cession serait-elle exemptée de la publicité? On objecte que le juge doit intervenir pour prononcer la résolution; il peut ne pas la prononcer en accordant un délai à l'acheteur, et si l'acheteur paye dans ce délai, la vente sera maintenue. Donc la cession de l'action résolutoire n'aboutit pas nécessairement à une translation de propriété, et en ce sens elle n'est pas un acte translatif de droits réels immobiliers. Cette objection nous fait pencher pour l'opinion générale.

86. L'application de ces principes soulève une nouvelle difficulté. Je vends un immeuble avec faculté de rachat. La cession de mon droit doit-elle être transcrite? A notre avis, oui. La clause de rachat est une condition résolutoire stipulée par les parties contractantes, donc une condition expresse qui opère de plein droit en vertu du contrat. Céder le droit de réméré, c'est donc céder un droit sur l'immeuble, moyennant l'accomplissement des conditions du

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 290, note 14, § 209.
(2) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 33, n° 18. Aubry et Rau, t. II, p. 303, note 67, § 209.

rachat. Ce n'est pas le juge qui prononce la résolution, et il ne peut pas l'empêcher. Elle a lieu par la volonté des parties. Si le cessionnaire use du pacte de rachat, il sera propriétaire à partir de l'acte de cession, comme s'il avait acheté l'immeuble, et c'est, en réalité, l'immeuble qu'il a acheté. Il y a donc translation de propriété immobilière, et, par conséquent, l'acte qui opère cette transmission doit être transcrit. Si l'on admet que la cession du droit de rachat ne doit pas être transcrite, il en résultera qu'il s'opérera une transmission de propriété immobilière, au profit du cessionnaire, sans publicité aucune. Cela est contraire au texte et à l'esprit de la loi (1).

On objecte que le vendeur avec faculté de rachat se dépouille de tout droit de propriété, et qu'il ne conserve qu'une simple créance contre l'acheteur. Dans l'opinion que nous avons enseignée, le vendeur reste propriétaire sous condition suspensive; d'où suit qu'en cédant son droit, il transporte réellement une propriété conditionnelle au cessionnaire. Cette idée, dit-on, est complétement inexacte; on nie que le vendeur conserve un droit de propriété, même simplement conditionnel (2). Il nous semble que c'est nier l'évidence. Est-ce que le vendeur ne peut pas hypothéquer l'immeuble, et cette hypothèque ne sera-t-elle pas pleinement valable si le rachat est exercé? Et en vertu de quel droit accorderait-il une hypothèque, s'il n'était pas propriétaire conditionnel? Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de la *Vente* (t. XXIV, n°s 392-395).

N° 5. DES JUGEMENTS.

87. L'article 1er de la loi hypothécaire, après avoir posé en principe que tous *actes* entre-vifs, translatifs de droits réels immobiliers, doivent être transcrits, ajoute : « Il en sera de même des *jugements* passés en force de chose jugée tenant lieu de *conventions* ou de *titres* pour la trans-

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 231, n°s 59 et 60. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 30, n°s 16 et 17. Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 271, n°s 384 et 385.

(2) Aubry et Rau. t. II, p. 304, note 68, § 209. Rivière et Huguet. *Questions sur la transcription*, p. 80, n°s 109 et 110.

mission de ces droits. » Quels sont les jugements qui tiennent lieu de *conventions*, et quels sont ceux qui tiennent lieu de *titres?*

Au premier abord, on ne conçoit pas qu'un jugement tienne lieu de *convention*. Les jugements sont essentiellement déclaratifs; ils déclarent, ils constatent les droits des parties, ils ne les créent point. Il n'y a que les conventions qui engendrent des droits; c'est donc la convention, reconnue et sanctionnée par le juge, qui doit être transcrite, ce n'est pas le jugement. Toutefois certains jugements semblent tenir lieu de contrats, ce sont les jugements d'adjudication : il y a des cas dans lesquels la vente se fait en justice, par conséquent avec les formes judiciaires, et, par suite, c'est le jugement qui tient lieu de l'acte de vente passé par-devant notaire. Encore serait-il plus exact de dire que le jugement tient lieu de titre, c'est-à-dire d'*acte;* quant à la vente même, c'est une convention, et il n'y a pas de contrat sans concours de consentement; or, il est bien évident que ce n'est pas le juge qui consent, qui vend et qui achète, ce sont les parties; le juge ne fait que prêter son ministère, de même que le notaire.

La loi belge du 15 août 1854 est revenue aux vrais principes. L'adjudication se fait par un notaire, en présence du juge de paix, conformément à la loi du 12 juin 1816, sur le cahier des charges déposé au greffe par le poursuivant. Aux termes de l'article 49, le titre de l'acquéreur se compose du cahier des charges et du procès-verbal de l'adjudication; c'est ce titre que l'adjudicataire est tenu de faire transcrire (art. 53). Il en est de même de toutes les ventes d'immeubles qui se font aux enchères : le notaire remplace le tribunal, il n'y a plus de jugement d'adjudication, il y a un acte notarié, et cet acte doit être transcrit, comme tout acte translatif de droits réels immobiliers (1). Cette substitution du notaire au tribunal confirme ce que nous venons de dire du rôle que le tribunal jouait dans l'adjudication sous l'empire de l'ancien code de procédure; il faisait fonction de notaire, et le jugement tenait lieu d'acte. Donc il

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 59, nº 37.

est inexact de dire, comme le fait l'article 1er de notre loi, qu'il y a des jugements qui tiennent lieu de conventions. Nous disons que la loi nouvelle est revenue aux vrais principes. La vente, quand même elle se fait à la suite d'une saisie, ou que la loi ordonne qu'elle se fasse dans des formes judiciaires, n'en reste pas moins un contrat; or, les tribunaux n'ont pas mission de recevoir des contrats, cette fonction appartient à la juridiction volontaire. Dans l'ancien droit, la juridiction volontaire était confondue avec la juridiction contentieuse ; nous en avons vu un exemple remarquable dans les *devoirs de loi*. La révolution de 1789 a séparé les deux juridictions, mais il reste encore dans nos lois des débris de l'ancienne confusion : telle était l'intervention des tribunaux dans les adjudications. La loi de 1854 a rendu aux notaires une attribution qui est essentiellement de leur compétence.

88. Quels sont les jugements qui tiennent lieu de *titres?* La disposition de l'article 1er concernant les jugements ne se trouvait pas dans le projet de loi, elle a été introduite par un amendement, d'abord rejeté par la chambre des représentants, puis repris par la commission du sénat et adopté par les deux chambres. L'amendement a donné lieu à une discussion très-confuse (1). Il est inutile de renouveler le débat, puisqu'on est d'accord sur le sens de la loi. Nous nous bornons à transcrire l'explication donnée par M. Jullien, l'auteur de l'amendement : « Une vente est faite verbalement. Le vendeur se refuse à reconnaître l'existence de la vente. Ce refus met l'acheteur dans la nécessité d'attraire le vendeur en justice, afin de faire reconnaître la convention. Si l'acheteur obtient un jugement qui reconnaît l'existence de la vente, *ce jugement tiendra lieu de la convention elle-même*. Il est d'évidence qu'il doit être transcrit, dans l'esprit du projet, puisqu'il remplace le *contrat* même translatif de la propriété (1). »

Le langage est inexact, bien que l'idée soit juste. Dans la pratique, on confond d'ordinaire le *contrat* et l'*acte* qui le constate. L'orateur, qui était avocat, a parlé comme un

(1) Parent, p. 216 et suiv. (séance du 31 janvier 1851).

praticien. Mais la rédaction des lois doit être plus précise. Dans l'espèce, il est certain que le jugement ne remplace pas la convention. Qu'est-ce que l'acheteur demande? Il prétend qu'il y a une vente, et que le vendeur refuse de l'exécuter; il conclut à ce que le juge décide qu'il y a vente et à ce qu'il contraigne, par les voies de droit, le vendeur à l'exécuter. La convention, comme toujours, a précédé le jugement; le juge ne forme pas la convention, il constate qu'elle a été formée par le concours de consentement des parties, et il force celle qui la nie à tenir ses engagements. Qu'est-ce donc que le jugement? C'est la preuve authentique de la vente; il remplace l'acte notarié; c'est pour ce moti que la loi en prescrit la publicité. La loi française de 1855 a reproduit ce principe, en le formulant en termes plus clairs; elle ordonne la transcription de tout jugement *qui déclare l'existence d'une convention verbale* translative de propriété immobilière ou de droits réels immobiliers.

89. Il y a encore des jugements qui doivent être rendus publics. L'article 1er, qui exige la transcription des jugements tenant lieu de *titres*, s'applique aux actes *déclaratifs* de propriété aussi bien qu'aux actes *translatifs*. Nous reviendrons sur ce point en traitant de la publicité des actes déclaratifs de propriété.

Aux termes de l'article 3 de la loi hypothécaire, les jugements rendus sur les demandes en annulation ou en révocation de droits résultant d'actes soumis à la transcription doivent être rendus publics; mais la publicité ne consiste pas dans la transcription, elle se fait par voie d'inscription, comme nous le dirons plus loin.

90. Les jugements rendus en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique doivent-ils être transcrits en vertu de la loi hypothécaire? La question est controversée; toutefois la doctrine tend à se prononcer pour la négative. Cette opinion a été très-bien soutenue, en Belgique par Martou (2), et en France par Aubry et Rau (3). A notre

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 59, n° 38. Cloes, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 21, nos 36-40. En sens contraire, Casier, *Etudes sur la loi hypothécaire*, n° 14, p. 32.

(2) Aubry et Rau, t. II, p. 297, note 42, § 209, et les auteurs en sens divers qu'ils citent.

avis, il ne reste plus de doute. L'expropriation pour cause d'utilité publique est un acte d'une nature tout à fait spéciale. Ce n'est pas un acte translatif de propriété, dans le sens de l'article 1er de la loi hypothécaire. En effet, la loi entend par là une convention qui transporte la propriété de la tête du vendeur sur la tête de l'acheteur. Or, quand un immeuble est exproprié, la propriété de cet immeuble, telle que l'avait le propriétaire exproprié, ne passe pas à l'Etat; l'immeuble est, au contraire, mis hors du commerce par la destination nouvelle qu'il reçoit; il cesse donc d'être l'objet d'un véritable droit de propriété pour devenir partie du domaine public inaliénable et imprescriptible.

Le but de l'expropriation étant si différent de celui d'une aliénation ordinaire, on conçoit que les moyens d'atteindre le but doivent également différer. Telle est la raison de la procédure toute spéciale que l'on suit en matière d'expropriation. La loi du 17 avril 1835 ordonne la transcription du jugement par lequel il est décidé que les formalités prescrites par la loi pour constater l'utilité publique ont été remplies. Mais l'objet de cette transcription est tout autre que celui de la transcription ordonnée par la loi hypothécaire. La transcription de droit commun a pour objet de rendre publique la situation immobilière des propriétaires; dans l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'acquéreur est hors de cause, c'est l'Etat, et il n'est pas propriétaire. Quant au propriétaire exproprié, il n'est intéressé que quant aux droits qui grèvent la chose; or, ces droits ne peuvent plus s'exercer sur l'immeuble, du moment qu'il est entré dans le domaine de l'Etat; voilà une nouvelle dérogation au droit commun, conséquence nécessaire de l'expropriation. Le propriétaire est privé de sa chose dans l'intérêt public, mais il ne l'est que sauf indemnité; il en doit être de même des créanciers privilégiés et hypothécaires; s'ils perdent leur droit sur l'immeuble, ils le conservent sur l'indemnité, en se conformant à la loi; ils doivent prendre inscription dans un bref délai, sous peine de déchéance (art. 20 et 21 de la loi du 17 avril 1835).

La loi spéciale sur l'expropriation dérogeant au droit commun dans un intérêt public, il est impossible d'admettre

que la loi hypothécaire, qui établit le droit commun, abroge les dispositions exceptionnelles de la loi de 1835 : l'exception, fondée sur des motifs spéciaux d'intérêt public, doit subsister en présence d'une loi générale qui ne fait que remplacer le droit commun du code civil, parce que les raisons pour lesquelles la loi de 1835 a dérogé au droit commun subsistent : elles sont inhérentes à l'expropriation. C'est dire que la loi sur l'expropriation est indépendante des modifications que peut éprouver le droit commun ; elle est permanente, comme l'est l'intérêt social qui l'a fait porter.

91. L'expropriation se fait souvent sans jugement, par voie de cession amiable. On demande si ces conventions sont soumises à la transcription, ou faut-il appliquer, par analogie, les principes que nous venons d'exposer? La question est controversée. D'après la législation française, ces traités sont publiés de la même manière que les jugements d'expropriation, ils ont les mêmes effets ; on doit donc leur appliquer les mêmes principes. La législation belge n'établit pas cette assimilation ; il en résulte que les contrats intervenus entre l'Etat et les propriétaires restent sous l'empire du droit commun ; il nous paraît impossible d'admettre une exception qui ne serait fondée que sur l'esprit de la loi. Les auteurs français enseignent aussi que si les formalités spéciales prescrites par les lois sur l'expropriation pour les cessions amiables n'ont pas été remplies, la loi sur la transcription doit recevoir son application (1).

Il y a cependant un arrêt qui a appliqué, par analogie, en matière d'alignement, les principes qui régissent l'expropriation pour cause d'utilité publique. Voici l'espèce. Le propriétaire d'un terrain vague joignant la voie publique demande l'alignement pour y élever une construction. Par suite de l'alignement, une portion de terrain de 216 mètres carrés devait être réunie à la rue. L'indemnité fut fixée, par le jury d'expropriation, à la somme de 3,613 francs. Le propriétaire consentit une hypothèque sur les bâtiments,

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 298 et suiv., notes 44 et 45, et les auteurs cités.

puis il tomba en faillite. Dans l'ordre qui s'ouvrit, le créancier hypothécaire demanda à être payé de préférence sur l'indemnité due au débiteur; le syndic opposa, au nom de la masse, que l'hypothèque était nulle, comme ayant été consentie postérieurement à l'expropriation. Alors s'éleva la question de savoir si la cession des terrains devait être transcrite pour qu'on pût l'opposer aux tiers. La cour de Riom décida qu'il n'y avait pas lieu à transcription, par le motif que la cession avait tous les effets d'un jugement d'expropriation. En principe, la cour a raison de dire que les lois d'expropriation sont spéciales, et qu'il n'y est point dérogé par les lois générales sur la transcription (1). Mais la difficulté était de savoir si, dans l'espèce, les lois d'expropriation étaient applicables. N'est-ce point les étendre que de les appliquer à une cession tacite sans contrat formel? Par cela même qu'on ne se trouvait pas dans l'exception, on restait sous l'empire de la règle

N° 6. DES RENONCIATIONS.

92. L'article 1er de la loi hypothécaire soumet encore à la publicité les actes de renonciation à des droits réels immobiliers; ce qui, dans le langage de la loi, s'applique à la propriété immobilière et aux démembrements de la propriété. D'après le rapport de la commission spéciale, on pourrait croire qu'il s'agit seulement de la renonciation à un droit réel, démembré de la propriété. Voici ce qu'elle dit : « Le principe (de la publicité) s'applique avec une égale force à toute concession d'*usufruit*, de *droit d'usage*, de *droit de superficie* ou de *droit emphytéotique*, ainsi qu'à toute *renonciation à ces droits*. » La disposition n'a donné lieu à aucune discussion. Qu'elle s'applique à la renonciation qui a pour objet un droit réel, cela est d'évidence, et cette application nous fait aussi connaître l'esprit de la loi et le caractère que la renonciation doit avoir pour qu'elle doive être transcrite. J'ai un droit d'usufruit sur un immeuble; j'y renonce. Quel est l'objet et quel est l'effet de

(1) Riom, 20 novembre 1865 (Dalloz, 1867, 2, 159).

cette renonciation? L'usufruit était démembré de la propriété; par l'effet de ma renonciation il retourne au nu propriétaire; le droit de propriété cesse par là d'être démembré et redevient entier, absolu. Le nu propriétaire acquiert donc le droit auquel moi je renonce, et il l'acquiert par le fait de ma renonciation. Donc l'acte par lequel je renonce à l'usufruit équivaut à l'acte par lequel j'abdique l'usufruit au profit du nu propriétaire; c'est une transmission d'un droit réel immobilier, et partant l'acte doit être transcrit.

Il suit de là que toute renonciation n'est pas soumise à la transcription; si la renonciation à l'usufruit doit être rendue publique, c'est parce qu'elle implique une mutation immobilière : un droit immobilier passe de la tête de l'usufruitier sur la tête du nu propriétaire. Quand la renonciation n'opère pas de mutation, il n'y a pas lieu à transcription. Telle serait la renonciation à une succession purement immobilière ou à un legs immobilier; par exemple, le legs de tous les immeubles. Cette renonciation n'emporte pas de transmission; en effet, pour transmettre un droit, celui qui renonce devrait l'avoir dans son patrimoine; or, la renonciation a précisément cet effet que l'héritier ou le légataire qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier ni légataire; il n'a donc jamais eu de droit sur l'hérédité, ni sur la chose léguée; par conséquent, il ne peut pas en transmettre. Peu importe que la renonciation profite à ceux qui recueillent la succession ou le legs à défaut du renonçant; elle leur profite, sans qu'on puisse dire qu'ils tiennent leur droit du renonçant; ils tiennent leur droit de la loi ou du testateur, ils ne l'acquièrent pas par voie de transmission; dès lors il ne peut pas s'agir de transcription, car il n'existe pas d'acte translatif d'un droit réel immobilier (1).

93. Pour être soumise à la transcription, la renonciation doit donc avoir pour objet et pour effet de transmettre un droit réel immobilier à celui au profit duquel la renonciation est faite. Telle est la renonciation de l'usufruitier. De lui on ne peut pas dire, comme de l'héritier ou du léga-

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. II, p. 301 et suiv., notes 57 et 58.

taire, qu'en renonçant il est censé n'avoir jamais eu l'usufruit; l'usufruit a été dans son patrimoine, il en sort par la renonciation pour entrer dans le patrimoine du nu propriétaire : voilà une transmission; donc il y a un acte translatif du droit réel immobilier, lequel doit être transcrit (1).

La disposition de l'article 1er est applicable à toute renonciation qui implique une mutation immobilière, donc à la renonciation qui porte sur la propriété d'un immeuble, aussi bien qu'à la renonciation qui a pour objet un démembrement de la propriété. Dira-t-on que c'est étendre la loi de la transcription, et qu'il est de principe que la transcription ne doit être faite que dans les cas déterminés par la loi? Nous répondons que le texte n'est point restrictif, comme l'est le rapport de la commission spéciale; il se rapporte aux *droits* dont il est question dans le premier alinéa; or, les droits réels immobiliers dont parle la loi comprennent avant tout la propriété immobilière. Le principe des renonciations est donc général; dès qu'il en résulte une transmission sujette à transcription, l'acte de renonciation doit également être rendu public par la même voie.

94. Au titre des *Servitudes*, le code prévoit des renonciations qui, d'après le principe que nous venons d'établir, doivent être transcrites. L'article 656 porte : « Tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions, en abandonnant le droit de mitoyenneté. » Cet abandon n'est pas une simple abdication d'un droit, elle implique une transmission; en effet, le copropriétaire qui fait l'abandon cesse d'être copropriétaire, le mur n'est plus mitoyen, il devient la propriété exclusive de l'autre copropriétaire; il y a donc un transport fait par l'un des copropriétaires au profit de l'autre (t. VII, n° 550); ce qui nécessite la transcription.

L'article 699 contient une disposition analogue : « Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds

(1) Voyez une application dans un arrêt de Bruxelles du 28 octobre 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 39).

assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due. » Ici le texte est formel; il y a abandon de la propriété d'un fonds par le propriétaire à son voisin pour se décharger de la dépense des ouvrages nécessaires pour l'exercice d'une servitude. L'abandon étant translatif, il y a lieu à transcription de l'acte d'abandon, en vertu de l'article 1er de la loi hypothécaire (1).

95. La renonciation à une servitude est-elle sujette à transcription? Quand elle résulte du non-usage pendant trente ans (art. 706), la négative est certaine, car il n'y a pas d'acte qui puisse être transcrit. Si la renonciation se fait par convention, l'article 1er de la loi hypothécaire est applicable; en effet, il y a un acte à titre gratuit ou à titre onéreux translatif d'un droit réel immobilier. La propriété qui était démembrée deviendra pleine et entière; il y a donc une mutation immobilière, ce qui décide la question de transcription. La cour de cassation de Belgique l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Une commune usagère abandonna ses droits d'usage au propriétaire moyennant payement d'une somme d'argent. Cet abandon était, en réalité, une cession de ces droits, par laquelle, d'une part, la commune cessait d'être usagère; mais sa renonciation n'était pas purement extinctive, car, d'autre part, la propriété du propriétaire de la forêt se consolidait, c'est-à-dire qu'il acquérait la propriété entière, tandis que jusque-là il n'avait eu qu'une propriété démembrée. Le caractère translatif de l'abandon serait évident s'il se faisait au profit d'un tiers, puisque ce serait la vente d'un droit réel immobilier; or, la nature de l'acte reste la même, que l'abandon se fasse au propriétaire ou à un tiers; donc, dans toute hypothèse, il y a transmission d'un droit réel immobilier; partant, l'acte doit être transcrit (2).

96. Les priviléges et hypothèques s'éteignent par la renonciation du créancier (art. 2180, et loi hyp., art. 108). Cette extinction est en même temps une consolidation de la propriété, qui cesse d'être démembrée. En faut-il conclure

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 334, n° 126. Comparez le t. VIII de mes *Principes*, p. 301, n° 246.
(2) Cassation, 29 mars 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 1, 265).

que la renonciation doit être transcrite? La négative résulte du texte de la loi; elle soumet à la transcription la renonciation aux droits qui, d'après le premier alinéa, doivent être transcrits Or, les privilèges et hypothèques sont formellement exemptés de la transcription; donc la renonciation à ces droits ne tombe pas sous l'application de la loi (1).

Les privilèges et hypothèques sont soumis à un régime spécial qui garantit suffisamment les intérêts des tiers, sans qu'il soit nécessaire de transcrire les actes de renonciation. Si le créancier renonce à son droit hypothécaire en faveur du débiteur, l'hypothèque est éteinte, bien que l'inscription subsiste. Cela pourrait induire les tiers en erreur; pour qu'ils ne soient pas dans le cas d'acheter une créance qui était garantie par une hypothèque, alors que l'hypothèque est éteinte par la renonciation, la loi donne au cessionnaire une action en déclaration d'hypothèque (art. 6), sur laquelle nous reviendrons. La renonciation à l'hypothèque peut aussi avoir lieu en faveur d'un tiers; si cela se fait par suite de la cession de la créance privilégiée ou hypothécaire, la loi prescrit la publicité de la cession par voie d'inscription, comme nous le dirons plus loin (2).

97. La renonciation à une succession doit-elle être transcrite? Si elle se fait avant l'acceptation de l'hérédité, c'est l'exercice du droit héréditaire; elle ne transmet aucun droit à ceux qui en profitent, puisque l'héritier renonçant est censé n'avoir jamais été héritier (n° 92). Quand la renonciation se fait après l'acceptation de l'hérédité, le droit de l'héritier étant définitivement acquis lors de la renonciation, l'acte par lequel il renonce transmet ce droit à la partie au profit de laquelle la renonciation se fait; il est donc translatif de propriété, partant sujet à transcription si la succession est immobilière. Il se peut aussi que la renonciation faite avant l'acceptation doive être transcrite; c'est quand cette renonciation implique tout ensemble acceptation de la succession et transmission des droits héréditaires.

(1) Delebecque, *Commentaire législatif de la loi de* 1851, p. 41, n° 34.
(2) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 61, n° 39.

L'un des héritiers renonce à l'hérédité à titre onéreux; c'est une cession de ses droits héréditaires par laquelle le successible accepte, puisqu'il ne peut céder ses droits héréditaires que s'il a accepté, et il les transmet en même temps au cessionnaire. Il en serait de même si la renonciation se faisait à titre gratuit au profit de quelques-uns des héritiers; ce serait encore une acceptation et une transmission des droits héréditaires par donation (1). Nous ne faisons qu'appliquer les principes qui ont été posés au titre des *Successions.*

98. On peut renoncer à la prescription acquise (article 2220): l'acte de renonciation doit-il être transcrit? Non, car la prescription, même acquisitive, n'est qu'une exception, elle n'a aucun effet si celui contre lequel on revendique un fonds ne l'oppose pas. Qu'est-ce donc que renoncer à la prescription? Ce n'est pas abdiquer la propriété, ni la transmettre, car celui qui renonce n'est pas encore propriétaire, il ne fait que reconnaître le droit du véritable propriétaire; ce qui exclut toute idée de transmission (2).

Il y a cependant un cas dans lequel la renonciation à la prescription est un acte translatif de propriété et, comme tel, sujet à la transcription. Sur une action en revendication intentée contre le possesseur d'un héritage, celui-ci oppose la prescription. Un jugement passé en force de chose admet la prescription et décide, en conséquence, que le possesseur est propriétaire. Si, après cela, le possesseur renonce à la prescription, il abdique une propriété définitivement acquise et il la transmet à celui au profit duquel la renonciation est faite; ce qui rend la transcription nécessaire (3).

99. La renonciation à un droit réel immobilier peut être verbale et contestée. Si le juge l'admet, faudra-t-il que le jugement soit transcrit? C'est la même question que celle que nous avons examinée pour les jugements qui constatent un acte déclaratif de propriété. Le texte ne prévoit pas la

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 293 et suiv., note 28, § 209.
(2) Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, p. 65, n° 83. Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 325, n° 459.
(3) Aubry et Rau, t. II, p. 294, note 30, § 209, et les auteurs cités.

difficulté, et à vrai dire il n'y en a pas. Quand même la loi n'aurait pas parlé des renonciations, on aurait dû les soumettre à la transcription, en vertu de la règle générale qui ordonne la transcription de tout acte translatif de propriété immobilière. D'après ce principe, la renonciation doit être transcrite lorsqu'elle contient une transmission de propriété. Si elle se fait verbalement, la transcription est impossible, puisqu'il n'y a rien à transcrire. Mais cette impossibilité cesse du moment que le juge a constaté l'existence de la renonciation; il y a alors un acte authentique établissant une transmission de propriété immobilière, donc il y a lieu à transcription (1).

100. Il reste une difficulté qui se rattache à la matière des renonciations. On demande si la confirmation d'un acte translatif de propriété immobilière doit être transcrite? La négative est certaine. Il est vrai que la confirmation implique une renonciation, mais toute renonciation n'est pas sujette à transcription; il n'y a que la renonciation translative de propriété qui doive être rendue publique; or, celui qui confirme un acte nul, renonce simplement au droit qu'il avait d'agir en nullité; il efface un vice dont l'acte était entaché et qui le rendait nul, il ne transfère aucun droit à la partie avec laquelle il a contracté. Il n'y a donc pas de nouvelle transmission de propriété, c'est toujours l'ancien contrat qui subsiste, purgé du vice qui l'annulait. De là le principe que la confirmation rétroagit; ce qui prouve qu'il n'y a rien de nouveau dans l'acte confirmatif, donc pas de transmission de propriété; partant il n'y a pas lieu à transcription (2).

Troplong pose très-bien le principe, puis il l'applique très-mal en disant que l'acte confirmatif d'une donation nulle en la forme ne doit pas être transcrit. Il oublie l'article 1339, d'après lequel une donation nulle en la forme ne peut être confirmée, parce que la donation est inexistante ou nulle de plein droit; et on ne confirme pas le néant. L'acte confirmatif étant nul, il va sans dire qu'il ne

(1) Casier. *Etudes sur la loi hypothécaire*, p. 30, n° 13.
(2) Troplong. *De la confirmation*, p. 261, n° 97.

doit pas être transcrit. Si, sous le nom d'acte confirmatif, le donateur avait fait une nouvelle donation, elle devrait certainement être transcrite; mais ce ne serait pas là une confirmation, ce serait un nouveau contrat, valable seulement à partir du moment où toutes les formes prescrites pour les donations auraient été remplies. Il n'en est pas de même des héritiers du donateur, la loi leur permet de confirmer la donation; par suite, l'acte confirmatif ne doit pas être transcrit (1).

Mourlon a commis une autre erreur; il admet le principe que nous venons de rappeler quand un acte est nul pour cause d'incapacité, il le rejette quand la convention est nulle pour vice de consentement. La distinction est purement arbitraire; il est même inutile de la réfuter, car elle est contraire au texte et à l'esprit de la loi (2). L'ouvrage de Mourlon et les autres traités qui ont été publiés sur la transcription, presque immédiatement après la publication de la loi française sur la transcription, ont été faits avec un peu de hâte; de là les négligences et les erreurs qui s'y trouvent. Si nous en faisons la remarque, c'est pour tenir nos jeunes lecteurs en garde contre les publications hâtives et pour les engager à mûrir leurs idées avant d'écrire. Mais Dieu nous garde de vouloir nous élever au-dessus de nos devanciers! Ils ont eu le grand mérite de frayer la voie : il est facile aux derniers venus de continuer et de corriger l'œuvre.

Nº 7. DES ACTES DÉCLARATIFS DE DROITS RÉELS IMMOBILIERS.

101. Notre loi hypothécaire soumet à la transcription les actes *déclaratifs* de droits réels immobiliers, c'est-à-dire les partages qui, dans le droit français, sont déclaratifs et non translatifs de propriété (art. 883). Dans nos coutumes de nantissement, les partages étaient dispensés des devoirs

(1) Aubry et Rau (t. II, p. 301, note 55, § 209) supposent que l'*éminent magistrat* a entendu parler des héritiers. Il n'en est rien; Troplong parle du donateur.

(2) Voyez la réfutation dans Flandin. *De la transcription*, t. I, p. 331, nºs 468-479. Mourlon, t. I, p. 335, nº 126.

de loi; ce qui paraît très-logique; en effet, les copartageants ne deviennent pas propriétaires en vertu de l'acte de partage, cet acte ne fait que déclarer que les biens mis dans les lots des copartageants leur appartiennent dès l'ouverture de l'hérédité; ils sont propriétaires en vertu de la loi, qui les saisit de plein droit des biens du défunt, ou en vertu de la volonté du testateur. Pourquoi rendre public un acte qui est étranger à la transmission des biens héréditaires? Le législateur français n'a soumis à la transcription que les actes translatifs de propriété. Toutefois ce principe n'était point celui des divers projets qui ont précédé la loi de 1855, ni celui du projet de loi que le gouvernement présenta au corps législatif en 1855. Ces modifications, apportées à des projets soigneusement élaborés, prouvent qu'il y a un doute; le législateur belge l'a tranché en faveur de la publicité. Nous allons d'abord exposer le motif que l'on a donné pour justifier la publicité des partages, puis nous exposerons les objections que l'on a faites, en France, contre cette extension du principe de publicité.

On lit dans le rapport de la commission spéciale qui a préparé le projet de loi sur le régime hypothécaire : « Les actes de partage sont simplement déclaratifs d'après une fiction de la loi civile. Toutefois, dans la réalité des choses, ces actes produisent dans la position des copartageants un changement qui intéresse les tiers. Propriétaires, avant le partage, d'une part indivise dont ils sont les maîtres de disposer, leurs droits, par le fait du partage, se bornent à certains biens que l'acte détermine. Il importe dès lors d'empêcher les cessions frauduleuses que pourrait faire un héritier de sa part indivise dans la succession, alors que ses droits seraient déjà limités par un partage antérieur. »

Ces considérations justifient la loi belge. Pourquoi le législateur a-t-il remplacé la clandestinité romaine par la publicité empruntée aux coutumes de nantissement? Dans l'intérêt des tiers. Or, les tiers sont intéressés à connaître tous les éléments de la situation immobilière de celui avec qui ils traitent. Contractent-ils avec un héritier, ils doivent savoir non-seulement qu'il a succédé au défunt de plein droit et en vertu de la loi, ils doivent savoir quels biens il

a recueillis. Le fait de la succession n'est pas rendu public, mais la publicité du partage comble cette lacune, en ce sens que, dès qu'il y a plusieurs héritiers, il doit nécessairement y avoir partage, et si les cohéritiers veulent que le partage soit opposable aux tiers, ils doivent le faire transcrire. Demandera-t-on quel est cet intérêt des tiers et comment ils peuvent être trompés? Le rapport de la commission spéciale, que nous venons de transcrire, répond à la question, et le rapporteur de la commission du sénat, M. d'Anethan, complète la réponse. Tant que le partage n'a pas eu lieu, les cohéritiers peuvent vendre leur part indivise dans les objets héréditaires; tandis qu'après le partage ils ne peuvent disposer que des biens compris dans leur lot. Si le partage n'était pas rendu public, les tiers pourraient traiter avec les héritiers, comme s'ils étaient encore en état d'indivision; et ils seraient lésés si les héritiers pouvaient leur opposer un partage clandestin. La publicité du partage empêche cette fraude; tant que le partage n'est pas transcrit, il est considéré, à l'égard des tiers, comme non existant : les tiers peuvent donc acheter en toute sécurité une part indivise; cet acte sera valable, en ce sens que l'acheteur aura droit à la chose si elle est mise au lot de son vendeur; il a donc le droit de provoquer un nouveau partage, dans lequel il pourra intervenir pour sauvegarder ses intérêts.

102. Cela répond à une objection du rapporteur de l'assemblée nationale et législative. Ceux, dit-il, qui contractent avec un cohéritier avant le partage savent parfaitement que les droits qu'ils tiennent de lui sont conditionnels et dépendent de l'événement du partage; et ceux qui contractent après le partage ont soin de se faire représenter cet acte (1). » Sans doute; mais si l'héritier avec lequel ils traitent leur dit qu'il n'y a point de partage, ils seront trompés; et il faut bien, en matière de transcription, supposer la mauvaise foi, puisqu'elle n'a d'autre but que de mettre les tiers à l'abri de la fraude. C'est la publicité seule qui apprend aux tiers qu'il existe un partage; et si

(1) Vatimesnil, Rapport (Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 18, n° 21).

ce partage n'a pas été rendu public, ils n'ont pas à s'en inquiéter, puisque le partage clandestin ne peut leur être opposé.

On a fait une objection plus spécieuse. Le rapporteur de la loi française de 1855, M. De Belleyme, dit dans son rapport : « Dans notre droit, le partage est déclaratif et non pas translatif de propriété ; si ce caractère est une fiction de la loi, cette fiction n'en est pas moins la base des règles et des effets du partage ; et la changer serait porter le trouble dans les dispositions du code Napoléon (1). » Est-il vrai que la loi belge, en prescrivant la transcription du partage, déroge au principe de l'article 883? La commission spéciale qui a proposé ce système dit tout le contraire, et il importe de le constater pour qu'on ne donne pas à la transcription du partage une signification que les auteurs de la loi n'ont pas entendu lui donner : « La commission propose de soumettre à la publicité les actes de partage, sans toutefois porter atteinte au principe de l'article 883, qu'il importe de conserver pour prévenir les graves inconvénients résultant du principe contraire admis par le droit romain. » Comment la publicité se concilie-t-elle avec l'effet déclaratif du partage? La commission répond : « Les partages ne pourront être opposés aux tiers qu'après avoir été transcrits ; mais, une fois transcrits, ils rétroagiront au jour de l'ouverture de la succession, en sorte que les héritiers seront censés avoir succédé seuls et immédiatement à tous les effets compris dans leurs lots respectifs. »

On a dit encore que la transcription est inutile, que les droits des tiers créanciers sont suffisamment garantis par le droit que le code leur accorde de former opposition au partage et, par suite, d'y intervenir. Nous répondons, avec la commission du sénat, que l'une de ces garanties n'empêche pas l'autre. Les tiers auraient tort de se reposer sur la formalité de la transcription, car la publicité ne prévient pas la fraude ; ils doivent donc avoir soin de former opposition et de veiller à leurs droits, en assistant aux

(1) De Belleyme, Rapport (Troplong. *De la transcription*, p. 34).

opérations du partage. Supposons qu'un tiers soit cessionnaire du droit indivis d'un héritier dans un immeuble de l'hérédité; il doit former opposition, afin que l'on ne procède pas au partage hors de sa présence; si, au mépris de son opposition, les héritiers font le partage et le transcrivent, le créancier opposant pourra l'attaquer comme fait en fraude de ses droits. Ce droit ne rend pas inutile la publicité du partage; en effet, c'est par les registres du conservateur que le tiers apprendra s'il y a ou non partage et si, en conséquence, il peut acheter une part indivise dans un objet héréditaire.

103. Quels partages sont soumis à la transcription? La commission spéciale répond : les *actes* de partage et les *actes* équivalant à partage. Il faut un *acte* pour qu'il puisse y avoir transcription. Le partage verbal ne peut pas être transcrit; par conséquent, les parties ne peuvent pas l'opposer aux tiers. Que faut-il décider si l'une des parties nie le partage verbal et que le juge décide que le partage a eu lieu? Le jugement devra-t-il être transcrit? Le texte de la loi ne soumet à la transcription que les jugements tenant lieu de convention ou de titres pour la *transmission* des droits réels immobiliers; en faut-il induire que les jugements qui constatent l'existence d'une convention *déclarative* de droits réels immobiliers ne doivent pas être transcrits? Non; il est vrai que la transcription ne doit être faite que des actes pour lesquels la loi exige cette formalité, et elle ne l'ordonne pas pour les jugements qui constatent un partage verbal; ce qui paraît décisif. Toutefois il n'en est rien. Nous en avons déjà fait la remarque en parlant des jugements qui constatent une renonciation verbale; la publicité des actes et jugements concernant les renonciations n'est qu'une conséquence ou une application de la règle fondamentale posée par le premier alinéa. Toute mutation immobilière et tout partage immobilier doivent être transcrits dès qu'ils sont constatés par un *acte;* or, le jugement tient lieu d'acte quand la convention n'a pas été constatée par un acte; donc le jugement doit aussi être transcrit. Cela paraissait si évident, que le projet ne faisait pas mention des jugements; et quand un membre de la

chambre proposa de les mentionner dans le texte, le rapporteur de la commission répondit que cela était inutile, puisque les jugements étaient compris dans la règle. En principe, cela est vrai; mais, dans le langage juridique, on ne qualifie pas les jugements d'*actes entre-vifs à titre onéreux;* il valait donc mieux mentionner les jugements. Seulement le législateur aurait dû formuler la disposition de manière qu'elle comprît les actes déclaratifs aussi bien que les actes translatifs. La rédaction est incomplète, mais l'esprit de la loi ne laisse aucun doute (1).

104. Tout partage doit être transcrit; ainsi non-seulement les partages des successions *ab intestat,* testamentaires et contractuelles, mais aussi les partages de communauté et de société; le texte de la loi est applicable, ce qui est décisif. La commission du sénat a ajouté : ou les actes équipollant à partage. Quels sont ces actes? La question donne lieu à de grandes difficultés; nous les avons exposées au titre des *Successions.*

Il y a un partage d'une nature toute spéciale, c'est le partage d'ascendant. Doit-il être transcrit? Il faut distinguer. Les partages d'ascendant peuvent être faits par actes entre-vifs ou testamentaires; l'article 1076 ajoute : « avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments. » On conclut de là que le partage-donation doit être transcrit; en effet, le code ordonne la transcription des donations immobilières; donc les partages faits sous cette forme doivent aussi être transcrits. Quant aux partages-testaments, on enseigne qu'ils ne doivent pas être transcrits, parce que les actes à cause de mort ne sont pas soumis à la transcription. Cela nous paraît douteux. Les partages d'ascendant ont un double caractère, ce sont des actes translatifs de propriété; ainsi considérés, ils sont régis par le droit commun, et partant ils ne doivent pas être transcrits quand ils se font par testament. Mais les partages d'ascendant sont aussi des actes de partage; c'est de là qu'ils tirent leur nom. Or, comme

(1) Casier, *Etudes sur la loi de* 1851, p. 30, n° 13. Martou, *Commentaire de la loi hypothécaire,* t. I, p. 58, n° 36.

actes de partage, ils tombent sous l'application de l'article 1er de la loi hypothécaire : ce sont des actes déclaratifs de propriété (t. XV, n° 82), et, à ce titre, assujettis à la transcription. On objecte que, les partages testamentaires étant des actes de dernière volonté, on n'est pas tenu de les transcrire, puisque les dispositions testamentaires sont affranchies de cette formalité (1). L'objection ne tient pas compte du double caractère des partages d'ascendant. A quel titre les testaments sont-ils affranchis de la transcription? Comme actes de disposition; l'article 1er de la loi hypothécaire est formel à cet égard, mais les partages d'une succession testamentaire sont soumis à la transcription, comme tout partage; or, le partage d'ascendant tient lieu du partage que feraient les enfants; donc il doit être transcrit comme partage. Qu'on ne se récrie pas contre l'apparente anomalie de cette décision. Il y en a bien d'autres dans cette difficile matière, et toutes tiennent au double caractère du partage d'ascendant; on ne peut pas supprimer l'un des caractères, il faut nécessairement en tenir compte; voilà comment il se fait qu'un seul et même acte, affranchi de la publicité en tant qu'acte à cause de mort, y est néanmoins soumis en tant qu'acte déclaratif de propriété immobilière.

105. La transcription des partages soulève d'autres difficultés, auxquelles le législateur n'a point songé quand il a mis sur la même ligne les actes translatifs et les actes déclaratifs de propriété. Nous y reviendrons en traitant de la conservation des priviléges.

N° 8. DES ACTES DE RÉSOLUTION VOLONTAIRE.

106. La loi hypothécaire soumet à la publicité par voie d'inscription les jugements rendus sur les demandes en nullité ou en révocation d'un acte translatif de propriété immobilière (art. 3). Nous parlerons plus loin de cette publicité spéciale. Le code ne dit rien de la résolution volontaire qui se fait par voie de convention, sans l'intervention

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 43, n° 23.

de la justice. Faut-il conclure de là que ces actes ne doivent pas être transcrits? On pourrait le croire en s'attachant au principe qui domine cette matière : c'est qu'il n'y a lieu à transcription qu'en vertu d'une disposition de la loi (nº 31). Ce serait très-mal raisonner. Sans doute il faut un texte pour qu'un acte doive être transcrit, mais quand il y a un texte qui établit une règle générale, cette règle doit recevoir son application à tous les cas qui y rentrent: voilà le véritable principe. Or, l'article 1er de la loi hypothécaire dit en termes généraux que *tous* actes translatifs de droits réels immobiliers doivent être transcrits; donc la transcription est requise pour toute convention qui contient une transmission de propriété. C'est à l'interprète à appliquer la règle. La seule chose qu'il ait à faire, c'est d'examiner si l'acte est translatif de propriété immobilière; si oui, l'acte doit être transcrit. Il nous faut donc voir quel est le caractère et quels sont les effets d'une résolution volontaire d'un contrat translatif de propriété.

La convention translative de propriété opère ses effets par la seule volonté des parties contractantes, alors même qu'il n'y aurait aucune tradition et que le prix ne serait pas payé, s'il s'agit d'une vente. C'est l'innovation consacrée par l'article 1138. Lors donc que je vends un immeuble, la propriété est transférée à l'acheteur, dès que la vente est parfaite. Si, après cela, je conviens avec l'acheteur que cette vente sera résolue, quel sera l'effet de cette convention? J'avais cessé d'être propriétaire; l'immeuble était entré dans le patrimoine de l'acheteur. Si nous convenons de résoudre la vente, c'est dans le but de me faire rentrer dans la propriété de la chose vendue. Or, cela ne peut se faire qu'en vertu d'une nouvelle convention qui transporte la propriété de la tête de l'acheteur sur ma tête. C'est dire qu'il s'opère une seconde vente; donc il y a un nouvel acte translatif de propriété, lequel doit être transcrit, par application de la règle générale établie par l'article 1er de la loi hypothécaire. Il était inutile de consacrer cette application par un texte; le législateur ne donne aucune application, il abandonne ce soin à l'interprète. Cela était surtout inutile pour la résolution volontaire, puisque l'application du prin-

cipe ne souffre aucune difficulté. Le rapporteur de la chambre des représentants, M. Lelièvre, le dit. Après avoir déclaré que la renonciation à un droit réel immobilier était soumise à la transcription, il ajoute : « Il en sera de même des actes contenant *résolution, rescision* ou *révocation volontaire* des contrats, parce qu'*évidemment* ces conventions tombent sous le coup de la disposition soumettant à la transcription les *actes translatifs de droits réels immobiliers*, et que, du reste, les motifs qui servent de base à l'article 1er justifient l'exigence de cette formalité (1). »

107. Demandera-t-on pourquoi la résolution volontaire doit être transcrite, tandis que la résolution judiciaire n'est pas soumise à la transcription? La raison en est très-simple. L'acte que les parties qualifient de résolution volontaire est, en réalité, une nouvelle convention translative de propriété, et, à ce titre, elle doit être transcrite; tandis que la résolution judiciaire anéantit la convention qui avait transféré la propriété, de sorte que l'acte translatif est censé n'avoir jamais existé. Qu'en résulte-t-il? C'est que l'ancien propriétaire, le vendeur, s'il s'agit d'une vente, a toujours été propriétaire, tandis que l'acheteur ne l'a jamais été; il n'y a donc aucune mutation de propriété; dès lors il ne peut s'agir de transcrire le jugement qui prononce la résolution; ce jugement ne tient pas lieu de titre, et encore moins de convention; si le vendeur est propriétaire, c'est en vertu de son ancien titre (2).

Toutefois la résolution intéresse les tiers. Il y avait un possesseur qui était propriétaire apparent; il leur importe de savoir s'il cesse de l'être; voilà pourquoi la loi prescrit la publicité de la demande en nullité ou en révocation, ainsi que des décisions rendues sur cette demande. Nous reviendrons sur ce point.

108. Faut-il distinguer si la convention résolue était transcrite ou non? La question n'a pas de sens, si l'on s'en tient au principe établi par la loi. Ce qui rend la transcription nécessaire, c'est que la convention sous condition ré-

(1) Lelièvre, premier Rapport additionnel (Parent, p. 185).

(2) Troplong, *De la transcription*, p. 404, n° 244. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 97, n° 44.

solutoire est un acte translatif de propriété : qu'importe, après cela, que le contrat résolu ait été transcrit ou non?

Il n'y a pas à distinguer non plus, comme le font quelques auteurs, si la convention résolue volontairement était révocable rétroactivement ou sans rétroactivité. Cette distinction aussi n'a pas de sens. Si le contrat est résolu, ce n'est pas à raison de la révocabilité, c'est en vertu d'une nouvelle convention; c'est donc uniquement à cette convention qu'il faut s'attacher : est-elle translative de propriété? Cela suffit pour décider la question de transcription (1).

109. On admet généralement une exception à ces principes. Quand même la résolution serait amiable, dit-on, l'acte n'est pas soumis à la transcription lorsque celui qui l'a consenti ne l'a fait que pour éviter une résolution judiciaire qui était inévitable. Ainsi la résolution d'une vente pour défaut de payement du prix n'est pas sujette à transcription si l'acheteur se trouvait réellement dans l'impossibilité de payer le prix, parce que, dans ce cas, la résolution, volontaire en apparence, est en réalité forcée; de sorte que la convention équivaut à un jugement; or, le jugement n'est pas soumis à la transcription, parce qu'il n'opère pas une rétrocession; il doit en être de même de la convention qui tient lieu de jugement, parce qu'il y a même motif de décider (2).

Cela nous paraît très-douteux. Quand la résolution n'opère pas de plein droit, elle doit être demandée en justice; dans ce cas, c'est le juge qui déclare le contrat résolu en vertu de la condition résolutoire tacite. Il n'y a donc que deux manières de résoudre un contrat, soit de plein droit, soit judiciairement. Pour que le contrat soit résolu de plein droit, il faut que la condition résolutoire soit écrite dans l'acte. N'y est-elle pas écrite, le contrat ne peut être résolu que par sentence du juge. Cela exclut la résolution faite par l'accord des parties. Et la raison en est bien simple. Lorsqu'il n'y a pas de condition résolutoire stipulée

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 294, notes 32 et 33, § 209, et les auteurs en sens divers qu'ils citent.

(2) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. II, p. 302, note 59.

dans l'acte, le contrat est irrévocable; il peut sans doute être révoqué de leur consentement mutuel (art. 1134), mais cette révocation n'est possible que pour les faits non accomplis; il ne dépend pas des parties d'anéantir par leur volonté un fait qui est accompli en vertu du contrat. Or, telle est la translation de la propriété. Elle s'est opérée en vertu du contrat; l'acheteur, s'il s'agit d'une vente, est devenu propriétaire, il ne dépend pas des parties de déclarer qu'il en l'a jamais été et que le vendeur n'a pas cessé de l'être. La loi n'accorde ce pouvoir qu'au juge; c'est au juge de voir s'il y a réellement inexécution des engagements de la part de l'une des parties et si, par suite, il y a lieu de prononcer la résolution du contrat. On objecte qu'il y a même raison de décider. Non; il peut, à la vérité, y avoir une cause véritable de résolution, mais il peut aussi ne pas y en avoir; et qui décidera s'il existe ou non une cause légitime de résolution? Le juge doit intervenir pour constater ce fait; la loi ne donne pas ce pouvoir aux parties, et l'interprète ne peut pas le leur donner. La résolution judiciaire réagit contre les tiers, elle anéantit tous les droits qui leur ont été concédés. Dira-t-on qu'il en est de même de la résolution amiable? Cela n'est pas admissible; les parties ne peuvent pas, par leur volonté, révoquer des actes qu'ils ont faits légitimement. Vainement dit-on que la résolution n'est volontaire qu'en apparence, qu'en réalité elle est forcée; nous avons répondu d'avance à l'objection; il n'y a que le juge qui puisse prononcer une résolution forcée, les parties n'ont pas ce droit. Au point de vue de la transcription, cela nous paraît certain. Supposons que le premier contrat ait été transcrit; l'acheteur est propriétaire à l'égard des tiers; il peut valablement faire tous actes de disposition. Et voilà que les parties conviennent de résoudre la vente; cette résolution, dit-on, ne doit pas être transcrite, et néanmoins elle anéantit rétroactivement le contrat. Comment concilier cette conséquence avec le principe de la transcription? Il y a acte public en vertu duquel l'acheteur est propriétaire; et l'on veut que sans jugement, par la seule volonté des parties, l'acheteur soit considéré comme n'ayant jamais été propriétaire! Notre loi hypothécaire de même

que la loi française prescrivent la publicité, par voie d'inscription, des jugements qui prononcent la résolution d'un contrat translatif de propriété. Et l'on veut que, sans publicité aucune, un propriétaire, reconnu comme tel par un acte public, cesse d'être propriétaire! On voit que la prétendue analogie que l'on invoque fait défaut. La résolution judiciaire est soumise à la publicité par l'inscription de la demande, par l'inscription des jugements; tandis que la convention résolutoire reste secrète : y a-t-il analogie, en matière de transcription, entre un acte public et un acte clandestin?

110. Il y a des résolutions qui s'opèrent par voie de retrait. Sont-elles soumises à la transcription? Tels sont : le retrait successoral (art. 841), le retrait d'indivision (article 1408), le retrait litigieux (art. 1699). Nous ne parlons pas de la faculté de rachat, qui n'est pas un retrait, mais une résolution qui a lieu en vertu d'une condition résolutoire stipulée par les parties; tandis que le retrait proprement dit se fait en vertu de la loi, et au besoin malgré les parties.

Quel est le principe qui régit les retraits, en ce qui concerne la transcription? On enseigne que les actes constatant l'exercice d'une faculté légale de retrait ne sont pas sujets à transcription, par la raison que le retrait légal n'opère pas une nouvelle translation de propriété : c'est plutôt, dit-on, une subrogation du retrayant aux droits de celui contre lequel le retrait est exercé. La raison serait décisive si réellement le retrait n'était qu'une subrogation, sans qu'il y eût une nouvelle transmission de propriété. En est-il ainsi dans tous les cas de retrait? Il nous paraît impossible de répondre à la question d'une manière absolue. Qu'y a-t-il de commun entre le retrait successoral et le retrait d'indivision? Rien, sauf le nom. On ne peut donc pas poser de principe général; il faut, pour chaque cas de retrait, examiner s'il opère ou non transmission de propriété; la réponse décide la question de transcription. Nous avons répondu d'avance en exposant les principes qui régissent les divers retraits; il suffira de rappeler ce qui a été dit ailleurs.

Dans le cas de retrait successoral, il est vrai qu'il n'y a point de nouvelle vente; donc il n'y a pas d'acte translatif de propriété, et, par conséquent, l'acte qui constate le retrait ne doit pas être transcrit (t. X, n° 386). Il en est de même du retrait litigieux, il n'opère pas de revente; et là où il n'y a point d'acte translatif de propriété, il ne peut s'agir de transcription (t. XXIV, n°s 604-606).

Reste le retrait d'indivision. Ici la décision est difficile et douteuse, parce que la nature du retrait et ses effets sont controversés. Dans l'opinion que nous avons enseignée, le retrait est sujet à transcription. En effet, il forme tantôt un achat, ce qui rend la transcription nécessaire, tantôt un partage, et, dans ce cas encore, il doit être transcrit, puisque, d'après notre loi hypothécaire, les actes déclaratifs sont soumis à la transcription aussi bien que les actes translatifs. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre qui est le siége de la matière (t. XXI, n° 348). Il y a une autre opinion, d'après laquelle il y a simplement subrogation; ce qui conduit à la conséquence que le retrait ne doit pas être transcrit (1).

110 *bis*. Il se présente encore une difficulté en matière de retrait. On suppose que l'acte de vente auquel le retrayant est subrogé n'a pas été transcrit; est-ce que, dans ce cas, le retrayant doit faire la transcription, et qu'est-ce qu'il doit transcrire? Dans la théorie de la subrogation, la réponse est bien simple (2). Le retrayant exerce tous les droits de celui auquel il est subrogé, comme s'il avait lui-même figuré au contrat, mais il n'a pas plus de droits que lui; si donc l'acheteur ou le cessionnaire n'a pas transcrit, le retrayant qui prend sa place ne sera pas propriétaire à l'égard des tiers; pour qu'il puisse opposer son droit aux tiers, il doit transcrire, et c'est l'acte auquel il est subrogé qu'il doit transcrire, car c'est en vertu de cet acte qu'il est propriétaire. Il ne doit pas transcrire l'acte de retrait, parce que cet acte n'est pas translatif de propriété. Il eût sans doute été utile de prescrire une publicité quelconque du

(1) Voyez, sur cette matière et en sens divers, Aubry et Rau et les auteurs qu'ils citent (t. II, p. 302, notes 62-65, § 209).
(2) Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 158, n° 242.

retrait, pour avertir les tiers que le retrayant prend la place de celui qui figure à l'acte; mais il ne suffit pas que la publicité soit utile; pour qu'elle doive avoir lieu, il faut que la loi l'ordonne. Or, notre loi ne soumet à la publicité par voie d'inscription que la subrogation à une créance privilégiée ou hypothécaire (art. 5); elle n'exige pas la publicité des retraits. Il en résulte une anomalie : la subrogation à une créance, c'est-à-dire à un droit mobilier, doit être rendue publique; et la subrogation à une vente immobilière ne doit être ni transcrite ni inscrite. C'est à raison de l'intérêt que les tiers ont à connaître la subrogation que Troplong enseigne que le retrait doit être transcrit; si on ne le transcrit pas, les tiers sauront qu'il y a une vente, mais ils ne connaîtront pas le véritable acheteur, par conséquent la publicité est incomplète (1). Cela est très-vrai, mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que la loi aurait dû prescrire la publicité de la subrogation; elle ne l'a pas fait, c'est une lacune qu'il n'appartient pas à l'interprète de combler.

N° 9. DES CLAUSES AJOUTÉES AU CONTRAT.

111. Après avoir transcrit le contrat, les parties y ajoutent des clauses qui le modifient; on demande si ces conventions nouvelles doivent être transcrites. Le texte ne prévoit pas cette hypothèse, et du silence de la loi on pourrait induire que les clauses modificatives ne sont pas soumises à la transcription, parce qu'il est de principe qu'il n'y a lieu à la transcription que dans les cas prévus par la loi. Ce serait très-mal raisonner. Pour décider si un acte doit être transcrit, il faut voir s'il rentre dans les termes de la règle établie par l'article 1er de la loi hypothécaire. Or, la règle porte que les actes doivent être transcrits *en entier*; partant, toutes les clauses de l'acte soumis à la transcription doivent être rendues publiques par la voie de la transcription. Or, les clauses modificatives font partie de l'acte, puisqu'elles y ajoutent ou qu'elles en retranchent

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 406, nos 247, 249, 250.

quelque chose. Cela est décisif. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Pourquoi veut-elle la transcription en entier? Pour éclairer complétement les tiers qui ont intérêt à connaître l'acte translatif de propriété, afin d'empêcher qu'ils ne soient trompés. Or, si les clauses nouvelles n'étaient pas rendues publiques, les tiers, au lieu d'être éclairés, seraient induits en erreur; la publicité partielle serait trompeuse; elle n'atteint son but que si elle est complète.

112. Il en serait ainsi quand même les clauses nouvelles ne porteraient pas sur la mutation. On enseigne le contraire, il est vrai, et en théorie cela paraît très-spécieux. Qu'est-ce que les tiers ont intérêt à connaître? Les clauses modificatives qui ont pour effet de changer le caractère, la portée, l'objet ou les conditions essentielles de la transmission : ce sont ces clauses qu'il faut transcrire. Les autres clauses n'intéressant pas les tiers, on en conclut qu'il est inutile de les transcrire (1). C'est oublier le principe écrit dans l'article 1[er] de notre loi. L'acte doit être transcrit en entier, sans distinguer entre les clauses qui concernent la mutation et celles qui y seraient étrangères. Nous en avons déjà fait la remarque; l'intérêt que les tiers peuvent avoir à connaître telle ou telle clause ne peut pas être déterminé *a priori;* il suffit que par sa nature l'acte intéresse les tiers, c'est-à-dire qu'il soit translatif de propriété, pour que la loi en doive ordonner la publicité; elle ne peut pas dire d'avance : telle clause intéresse les tiers, telle clause ne les intéresse pas. L'intérêt est une question de fait; c'est pour garantir tous les intérêts que la loi prescrit la plus large publicité.

113. Nous avons supposé des actes translatifs de propriété. Il va sans dire qu'il en est de même des actes déclaratifs. Si les copartageants ajoutent des clauses à l'acte de partage, elles devront être transcrites, sinon ils ne pourront les opposer aux tiers. Peu importe quel est l'objet de ces clauses. En droit, cela est incontestable. En fait, les tiers qui repoussent une clause non transcrite doivent

(1) Casier, *Etudes sur la loi hypothécaire*, p. 33, n° 16. Cloes, *Commentaire de la loi de* 1851, p. 29, n° 44.

prouver qu'ils avaient intérêt à la connaître, car il n'y a pas d'action ni d'exception sans intérêt.

§ III. *Des baux.*

114. L'article 1er de la loi hypothécaire soumet à la transcription les baux excédant neuf années, ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer. Pourquoi ces baux doivent-ils être transcrits? Le bail ne donne pas de droit réel au preneur, celui-ci n'a qu'un droit de créance contre le bailleur. L'article 1743 déroge à ce principe, sans l'abolir. Nous avons exposé, au titre du *Louage*, la controverse soulevée sur ce point par un paradoxe de Troplong; la jurisprudence l'a repoussé, et parmi les auteurs, il n'y a que ceux qui aiment les nouveautés qui essayent de soutenir une thèse insoutenable. Toujours est-il que le code civil a apporté une grave modification à l'ancien droit. Du principe que le preneur n'a qu'un droit de créance contre le bailleur, on déduisait, dans l'ancienne jurisprudence, la conséquence logique qu'en cas de vente de la chose louée, le preneur pouvait être expulsé par l'acquéreur. Dans ce système, les tiers acheteurs n'avaient aucun intérêt à la publicité des baux; si le bail ne leur convenait pas, ils expulsaient le locataire ou le fermier. Mais depuis que le preneur peut opposer son bail à l'acquéreur, pourvu qu'il ait date certaine, les tiers sont grandement intéressés à ce que les baux soient rendus publics.

Ceux qui se proposent d'acheter ont intérêt à savoir si la maison ou la ferme est occupée ou doit être occupée par un locataire ou un fermier, et quelle sera la durée de cette occupation. D'après le code civil, ils devaient respecter tout bail, quelque long qu'il fût, même de 99 ans, pourvu qu'il eût date certaine. Et ils n'avaient aucun moyen de connaître l'existence de ces baux, puisque la loi ne prescrivait aucune publicité. La clandestinité des baux avait pour les tiers des effets aussi désastreux que la clandestinité des actes translatifs de propriété. Que leur importait que ce ne fût qu'un droit de créance? Ils devaient respecter ce bail comme s'il en résultait un droit réel. Il y a plus. Le

preneur pouvait leur opposer son bail, pour ce qui concerne les obligations du bailleur; subrogés à ses droits, les tiers étaient aussi subrogés à ses obligations; il en résultait qu'ils avaient des charges onéreuses, sans jouir de la chose comme ils auraient voulu en jouir. Ainsi le bail clandestin altérait considérablement la valeur de la chose, il lésait donc les droits des tiers acquéreurs : c'était une raison décisive pour remplacer la clandestinité par la publicité.

Les tiers créanciers hypothécaires sont également intéressés à ce que les baux soient rendus publics. Leur garantie consiste dans le droit de préférence qu'ils exercent sur le prix du bien affecté à la sûreté de la créance. Pour que cette garantie soit efficace, il faut que l'immeuble hypothéqué, en cas d'expropriation, soit porté à sa véritable valeur. Or, si l'immeuble est loué à longs termes, il ne se présentera pas d'acquéreurs, et ceux qui enchériront le feront à des conditions ruineuses pour les créanciers; ceux-ci perdront une partie de leur créance, puisque le prix n'atteindra pas la valeur sur laquelle ils comptaient (1).

115. Ces raisons sont générales, et logiquement elles auraient légitimé la publicité de tous les baux, de même que tout acte translatif de propriété doit être rendu public, quelle que soit la valeur de l'immeuble aliéné, ou du droit réel constitué sur un immeuble. Pourquoi donc la loi limite-t-elle la nécessité de la transcription aux baux qui excèdent neuf années? Le législateur a voulu concilier les intérêts divers qui se trouvent en conflit en cette matière. Les tiers sont intéressés à la publicité de tout bail. Mais ce serait là une grande gêne pour les propriétaires et les preneurs, et de plus une dépense que le bailleur rejetterait d'ordinaire sur le locataire. D'un autre côté, l'intérêt que les tiers ont à la publicité diminue avec la durée du bail. D'abord les tiers ont régulièrement connaissance de l'existence du bail, parce que le preneur est en possession de la chose louée; et dès qu'il existe un bail, ils doivent s'atten-

(1) Ces considérations ont été très-bien exposées par Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 351, n° 140. Elles se trouvent en substance dans le Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 13), et dans le Rapport du sénat (Parent, p. 398).

dre à ce que ce bail ait la durée ordinaire des baux d'immeubles, c'est-à-dire neuf ans. Le législateur a encore tenu compte de ce fait dans d'autres matières; il permet à l'usufruitier et aux administrateurs légaux de faire des baux de neuf ans, parce que telle est la durée ordinaire des baux de maisons ou de fermes. Cela ne veut pas dire que les baux qui dépassent neuf ans changent de nature et qu'ils confèrent un droit réel aux preneurs; le bail, quelle qu'en soit la durée, reste toujours un droit personnel. Mais plus le bail se prolonge, plus il importe aux tiers de le connaître, car plus il déprécie la propriété. Pourquoi le législateur a-t-il fixé à neuf ans la limite au delà de laquelle les tiers sont censés intéressés à la publicité du bail? La limite est évidemment arbitraire, comme tous les délais que la loi établit; la loi française de 1855 l'a fixée à dix-huit ans; celle que notre loi hypothécaire établit est plus conforme à l'usage, et en étendant la publicité, elle sauvegarde mieux l'intérêt des tiers.

116. On voit maintenant en quoi la nouvelle loi déroge au code civil. D'après l'article 1743, il suffisait qu'un bail eût date certaine pour que l'acquéreur fût obligé de le respecter, quelle que fût du reste la durée du bail. D'après la loi hypothécaire, il faut distinguer. Si le bail est de neuf ans, il ne doit pas être transcrit. Est-ce à dire que tout bail de neuf ans lie l'acquéreur? Non, la loi nouvelle ne s'occupe pas des baux de neuf ans; ils restent par conséquent sous l'empire du code civil; l'acquéreur devra les respecter s'ils ont date certaine. Quand le bail dépasse neuf ans, il obligerait aussi l'acquéreur, s'il avait date certaine, quelle que fût la durée du bail. D'après la loi nouvelle, il ne suffit pas que le bail ait date certaine pour que l'acquéreur soit tenu de le respecter, il faut qu'il soit transcrit, ce qui implique qu'il doit être authentique. C'est une double dérogation au code civil.

La transcription n'est pas une condition de validité de l'acte qui y est soumis; c'est une formalité de publicité requise dans l'intérêt des tiers. Il en résulte que le bail de plus de neuf ans qui n'est pas transcrit ne peut être opposé aux tiers, quoiqu'il soit valable entre les parties.

D'après la rigueur du principe de publicité, un bail de plus de neuf ans, non transcrit, devrait être considéré comme n'existant pas à l'égard des tiers, de même qu'une vente non transcrite ne peut leur être opposée. La loi hypothécaire déroge à ce principe : elle décide que le bail non transcrit sera réduit, quant à sa durée, conformément à l'article 1429; ce qui veut dire qu'il pourra être opposé aux tiers pour la période de neuf ans dans laquelle le preneur se trouve lors de la vente. Nous reviendrons sur cette disposition en traitant des effets de la transcription. Pour le moment, nous nous bornons à établir le principe. Quelle est la raison de la différence que la loi fait entre les baux et les actes translatifs de propriété? La vente, quelque modique que soit la valeur de la chose vendue, ne peut être opposée aux tiers, si elle n'est point transcrite; tandis que les baux de neuf ans ne doivent pas être transcrits. De là suit que le bail doit toujours valoir pour la période de neuf ans dans laquelle le preneur se trouve engagé; en effet, dans le système de la loi, un bail contracté pour neuf ans est censé ne pas intéresser les tiers; donc le preneur doit toujours avoir le droit d'opposer aux tiers un bail pour une durée qui n'excède pas ce terme.

117. Il reste une difficulté que le législateur n'a point décidée. Un bail de neuf ans est renouvelé pour le même terme pendant le cours du premier contrat. Si, lors de la vente de l'immeuble, le preneur est entré dans la seconde période de neuf ans, il n'y a pas de doute; cette hypothèse rentre dans celle qui est prévue par le texte de la loi; le preneur peut toujours opposer aux tiers un bail pour un terme de neuf ans. Mais que faut-il décider si le preneur se trouve encore dans la première période? Pourra-t-il achever le premier bail et profiter de plus du bail de neuf ans qui doit commencer à la fin du premier? La question est controversée d'après la législation belge et d'après la législation française.

A notre avis, les deux baux vaudront, pourvu qu'ils aient été faits de bonne foi, c'est-à-dire, pourvu que les parties n'aient pas voulu étendre la limite que l'article 1[er] de la loi hypothécaire établit en cette matière. Supposons

que les parties aient renouvelé un bail à loyer deux ans avant l'expiration du bail courant, ou un bail à ferme trois ans avant la même époque : ce sont les termes auxquels la loi permet aux administrateurs légaux de renouveler le bail pour un terme de neuf ans. Lors de la vente, il reste une année à courir de l'ancien bail : le preneur pourra-t-il opposer à l'acquéreur son ancien bail pour un an, et un nouveau bail pour neuf ans? Nous répondons, oui, pourvu que le bail ait été renouvelé de bonne foi. Il est d'usage de renouveler les baux avant leur expiration. C'est une nécessité pour les parties contractantes : le bailleur est intéressé à ce qu'un nouveau bail commence au moment où finit le premier, afin de ne pas perdre le revenu de la chose louée : le preneur ne peut pas attendre jusqu'au moment où le premier bail expire pour trouver un autre logement ou une autre ferme. Et l'intérêt particulier est en harmonie avec l'intérêt général, car la richesse publique augmente avec la richesse des individus; la société est donc intéressée à ce que les immeubles procurent aux propriétaires les fruits qu'ils sont destinés à produire.

Nous concluons de là qu'il est impossible que le législateur ait entendu, en matière de transcription, que les baux ne fussent renouvelés qu'à l'expiration du bail existant, en ce sens que le preneur aurait été obligé, à la fin du premier bail, de quitter les lieux loués sans pouvoir profiter du renouvellement du bail. Ce système conduirait à des conséquences inadmissibles. Supposez que le premier bail ait encore une durée d'un mois lors de la vente; le preneur pourra-t-il être expulsé à la fin de ce mois, bien qu'il ait eu la prudence de renouveler son premier bail? Nous disons que cette conséquence témoigne contre l'interprétation d'où elle découle. En effet, il en résulterait que le preneur serait expulsé à un moment où il pourrait ne trouver ni maison ni ferme. Le législateur permet à l'administrateur des biens d'autrui de renouveler le bail deux ou trois ans avant leur expiration, de sorte que le bail renouvelé peut commencer à une époque où les pouvoirs de l'administrateur ont cessé. Cela prouve que dans l'esprit de la loi les parties doivent avoir le droit de renouveler le bail

avant son expiration, de sorte que le bail renouvelé sera tout aussi valable que s'il avait été consenti au moment où le premier bail a cessé. On doit appliquer ce principe en matière de transcription : le preneur doit profiter du bail renouvelé, quoique le premier bail ne soit pas encore expiré, parce que le renouvellement est censé fait, lors de l'expiration de l'ancien bail.

La seule difficulté est celle-ci. Est-ce que les époques de deux et de trois ans établies par l'article 1429 sont applicables de plein droit en matière de transcription, de sorte qu'un bail renouvelé deux ou trois ans avant l'expiration du premier serait présumé de bonne foi, et pourrait être invoqué par le preneur contre l'acquéreur, à l'expiration du premier bail? Non, à notre avis. La loi hypothécaire renvoie à l'article 1429, elle ne renvoie pas à l'article 1430; or, on ne peut pas dire que la loi applique tacitement une disposition concernant les baux consentis par des administrateurs, alors qu'il s'agit de voir si les preneurs doivent transcrire le bail renouvelé. L'article 1430, quoique fondé sur l'équité et sur l'intérêt de tous, est une disposition arbitraire, en ce sens qu'elle établit des époques arbitraires. Cela suffit pour qu'on ne puisse pas l'étendre d'un cas à un autre. La question de transcription est toute différente de celle qui est résolue par l'article 1430. D'après la nouvelle loi hypothécaire, les baux qui dépassent neuf ans doivent être transcrits. Cela empêche-t-il les parties de renouveler les baux sans être tenues de transcrire le nouveau bail? Non, pourvu que le renouvellement ait lieu de bonne foi. Quand y a-t-il bonne foi? quand y a-t-il intention d'éluder la loi? C'est une question de fait que le législateur ne décide pas et qu'il abandonne par conséquent à l'appréciation du juge. Il se peut que le bail renouvelé aux époques déterminées par l'article 1430 ait été renouvelé en fraude de la loi, c'est-à-dire à un moment où les parties savaient que la chose louée devait être vendue; dans ce cas, le bail renouvelé sera frauduleux, et, par suite, le preneur ne pourra pas l'invoquer contre l'acquéreur. Par contre, il se peut qu'un bail ait été renouvelé de bonne foi avant l'époque de deux ou de trois ans, quand il s'agit, par

exemple, d'une fabrique ou d'une ferme à grande exploitation; le juge, dans ce cas, maintiendra le bail au profit du preneur, quoique non transcrit et quoique, lors de la vente, le premier bail ne soit pas expiré (1).

118. En ordonnant la transcription des baux qui excèdent neuf ans, la loi a voulu garantir les intérêts des tiers qui traitent avec le propriétaire après que ces baux ont été consentis. Si, au moment où un tiers achète ou stipule une hypothèque, ces baux n'ont pas été rendus publics par la transcription, on ne peut les opposer aux tiers acquéreurs ni aux tiers créanciers hypothécaires qui ont soin de remplir les formalités exigées par la loi pour la conservation de leurs droits. Quand l'acquéreur a transcrit son acte d'acquisition, c'est lui qui est propriétaire à l'égard des tiers, et on ne peut plus lui opposer aucun acte non transcrit procédant de l'ancien propriétaire. Les créanciers hypothécaires sont aussi garantis contre les baux que le propriétaire aurait consentis avant l'inscription de l'hypothèque. Mais comme le débiteur reste propriétaire de l'immeuble hypothéqué, il peut le donner à bail. Il fallait aussi donner au créancier hypothécaire une garantie contre les baux que le débiteur consent postérieurement à l'inscription de l'hypothèque; tel est l'objet de l'article 45 de la loi hypothécaire, qui porte : « Les baux contractés de bonne foi après la constitution de l'hypothèque seront respectés; toutefois, s'ils sont faits pour un terme qui excède neuf ans, la durée en sera réduite conformément à l'article 1429 du code civil. » Nous reviendrons sur cette disposition au chapitre des *Hypothèques*.

119. La loi soumet encore à la transcription les baux qui contiennent quittance d'au moins trois années de loyer (art. 1er). Remarquons d'abord que la publicité est requise par cela seul que l'acte constate un payement anticipatif de trois années de loyer, quelle que soit la durée du bail,

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 62, n° 41. Comparez Casier, p 36. n° 19, et Cloes, t I, p. 35, n° 58. La question est aussi controversée en France ; voyez, dans le sens de mon opinion, Troplong, p. 278, n° 117, et Flandin, t. I, p. 356, nos 502 et 503. En sens contraire, Mourlon, t. I, p. 355, n° 144.

quand même elle n'excéderait pas neuf ans; la loi prescrit la publicité uniquement à raison du payement anticipatif des loyers. Il faut ajouter, ou des *fermages* : le mot *loyers* se prend souvent comme terme général comprenant les baux de ferme. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute : il n'y a aucune raison de faire une différence entre les deux espèces de baux, en ce qui concerne la transcription; elle est même plus nécessaire dans les baux à ferme, puisque c'est surtout dans ces baux que les payements anticipés sont d'usage. Cela a été entendu ainsi lors du second vote (1).

Quels sont les motifs pour lesquels tout bail doit être transcrit lorsqu'il contient une quittance d'au moins trois années de loyer? Ce fait intéresse les tiers acquéreurs, puisqu'il diminue leur jouissance réelle, qui ne commence que lorsque le preneur paye ses loyers ou fermages entre leurs mains. Les tiers créanciers hypothécaires ont intérêt à connaître les payements anticipés, parce que, en cas de vente forcée, l'immeuble sera vendu pour un prix moindre que sa valeur réelle, à raison de la diminution de jouissance qui en résulte pour l'adjudicataire. Comme l'intérêt des tiers est engagé par tout payement anticipé, la loi aurait dû logiquement exiger la publicité des baux dès qu'il y aurait eu un payement pareil, ne fût-ce que d'un an ou d'un terme. La loi ne l'a pas fait, parce qu'elle a tenu compte, en cette matière, de tous les intérêts. De même qu'elle n'a pas soumis à la transcription les baux de neuf ans, elle n'a pas voulu l'exiger pour le moindre payement qui se ferait par anticipation, Ces payements sont d'usage dans les baux à ferme, les tiers doivent donc s'y attendre, à moins qu'ils ne dépassent les clauses usuelles. Restait à fixer un terme, qui est nécessairement arbitraire, comme celui que la loi a admis pour la durée des baux (2).

120. La loi exige la transcription, à raison des paye-

(1) Delebecque, *Commentaire législatif*, p. 21, n° 19. Parent, p. 382 et suiv.

(2) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, p. 62, n° 40. Troplong, *De la transcription*, p. 281, n° 122. Lelièvre, Rapport de la commission de la chambre des représentants (Parent, p. 115).

ments anticipés, quand ils sont constatés dans le bail. Il se peut que des payements pareils se fassent pendant le cours du bail, ou que le bailleur cède les loyers ou fermages non échus pour se procurer des fonds dont il a besoin. Ces actes seront-ils soumis à la transcription? La négative est certaine, le silence de la loi décidant la question. En effet, les loyers et fermages sont une dette personnelle, et partant, un simple droit de créance pour le bailleur, donc un droit mobilier, et les droits mobiliers restent en dehors de la loi hypothécaire. C'est par exception que la loi soumet les baux à la transcription; cette exception est de stricte interprétation et elle n'est établie, à raison des payements anticipés, que lorsque l'acte de bail les constate. Lors donc que ces payements se font dans le cours du bail, on se trouve en dehors du texte, et sans loi qui l'ordonne, il ne peut être question de transcription. Quant à la cession des loyers et fermages, c'est la cession d'une créance, donc un acte translatif d'un droit mobilier, non sujet, comme tel, à la transcription. L'article 3, qui établit une publicité spéciale pour les créances *hypothécaires* ou *privilégiées*, n'est pas non plus applicable, car cette disposition suppose un privilége sur des immeubles, comme nous le dirons plus loin.

On avait proposé, lors de la discussion, par voie de pétition, d'étendre la publicité aux quittances de loyers non échus qui seraient payés par anticipation ou cédés pendant le cours du bail. Cette proposition a fait l'objet d'un rapport spécial de la commission de la chambre des représentants (1). La commission a craint qu'en ordonnant la transcription de ces actes, la loi ne légitimât des conventions qui sont presque toujours faites en fraude des tiers. Cela décide la question de transcription, laquelle, du reste, n'est pas douteuse. Reste à savoir si ces actes peuvent être opposés aux tiers. Le rapporteur se prononce pour la négative en invoquant la doctrine et la jurisprudence. Martou, dans son excellent commentaire, remarque que cette opinion est loin d'être généralement suivie; il cite des

(1) Parent, *Documents*, p. 373 et suiv.

auteurs et de nombreux arrêts qui décident, au contraire, que les payements anticipés faits soit en vertu de l'acte soit postérieurement, ainsi que les cessions de loyers, sont valables lorsque ces conventions sont faites de bonne foi. Le commentateur se range, du reste, à l'avis de la commission (1). Nous préférons l'opinion qui a prévalu dans la jurisprudence, et qui est enseignée par Duvergier et Troplong.

Les fruits, dit-on, appartiennent au propriétaire (art. 520), donc à l'acquéreur quand ils sont pendants ou dus lors de son acquisition, et par la même raison au créancier hypothécaire qui a un droit dans la chose et par conséquent dans les fruits à titre d'accessoire. Sans doute, il en est ainsi quand le propriétaire a encore son droit aux fruits, mais il peut en disposer; la disposition qu'il en fait est un acte translatif d'un droit mobilier, et un acte pareil est opposable aux tiers, sans aucune forme de publicité, sauf la signification au débiteur, quand il s'agit d'une créance. Une vente mobilière est valable entre les parties et à l'égard des tiers, par la seule perfection du contrat; l'acheteur peut donc opposer son droit aux tiers. C'est le principe du code civil (art. 1138), auquel il n'est pas dérogé par la loi hypothécaire. Par application de ce principe, il faut décider que le cessionnaire des loyers et fermages qui représentent les fruits peut opposer sa cession aux tiers; par identité de raison, les payements anticipés que fait le preneur sont valables entre les parties et à l'égard des tiers. La jurisprudence y ajoute une condition, c'est qu'en cas de fraude, les tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires peuvent attaquer ces actes ; c'est le droit commun. Mais la fraude est une exception, et on ne peut pas transformer l'exception en règle, en présumant la fraude.

Objectera-t-on que la question est préjugée et décidée par le rapport de la commission? Nous répondrons que les rapports des commissions sont sans doute une autorité, mais ce n'est qu'une autorité doctrinale; quant à la chambre, elle a rejeté la proposition faite par le pétitionnaire

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, p. 64, nº 42.

de soumettre à la transcription les payements et cessions de loyers postérieurs au bail; elle n'a pas décidé que ces payements et cessions ne pouvaient être opposés aux tiers. La question reste donc entière.

Autre est la question de savoir si la chambre a bien fait de rejeter la proposition faite par le pétitionnaire de soumettre à la publicité les payements anticipés et les cessions de loyers. La raison donnée par le rapporteur n'est pas déterminante. Prescrire la transcription d'une convention, ce n'est pas légitimer ni valider cette convention : la publicité la porte à la connaissance des tiers intéressés, sauf à eux à l'attaquer si elle est nulle : la transcription ne couvre pas la nullité. Et il suffit que ces stipulations intéressent les tiers pour que la loi eût dû ordonner de les rendre publiques, comme elle l'a fait pour les baux qui contiennent quittance d'un payement anticipé de trois ans de loyer. C'est ce qu'a fait la loi française de 1855 (1).

121. Il reste un doute qui est une objection très-sérieuse contre la doctrine consacrée par la jurisprudence. Nous avons enseigné, conformément à la jurisprudence, que l'antichrésiste ne peut opposer aux tiers son droit de rétention et de jouissance; et nous venons de dire, avec la jurisprudence, que la cession de loyers ou de fermages peut être opposée aux tiers. Cela n'est-il pas contradictoire? Il y a une différence entre les deux conventions. Le bailleur qui cède les loyers et les fermages cède une créance qui lui appartient, puisqu'il a droit aux loyers et fermages en vertu de son bail. Cette convention est une cession de créance, valable comme telle entre les parties, et à l'égard des tiers, si elle a été signifiée ou acceptée : cette formalité tient lieu de publicité, dans le système du code, et elle est censée sauvegarder l'intérêt des tiers. Il y a donc un texte (art. 1690) qui décide la question. Il n'en est pas de même de l'antichrèse. C'est le propriétaire d'un fonds qui

(1) L'article 2, n° 5, ordonne la transcription de toutes cessions ou quittances d'une somme équivalente à trois années de loyers ou de fermages non échus; puis la loi décide que, jusqu'à leur transcription, ces cessions ou quittances ne pourront être opposees aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conserves, en se conformant aux lois. Comparez un arrêt de Caen, du 21 décembre 1874 (Dalloz, 1876. 2. 81).

en cède la jouissance à son créancier. Ici l'on peut appliquer ce que Martou dit du droit aux fruits. Les fruits à percevoir appartiennent au propriétaire comme accessoire du sol; en donnant le fonds à antichrèse, il ne cède pas un droit dans la chose à l'antichrésiste, il lui permet seulement de percevoir les fruits; si ensuite il aliène le fonds, ou s'il le grève d'une hypothèque, le conflit s'élève entre un créancier qui n'a pas de droit dans la chose, et des tiers qui ont un droit dans le fonds et, par conséquent, dans les fruits. Lequel doit l'emporter? Le créancier antichrésiste ne gagne les fruits qu'en les percevant. Les fruits attachés au sol ou les fruits à venir restent la propriété du propriétaire du fonds, donc celui-ci en a pu disposer en aliénant le fonds ou en le démembrant. L'antichrésiste n'a qu'un droit de créance contre le débiteur, tandis que l'acquéreur et le créancier hypothécaire ont un droit dans la chose; ceux-ci doivent donc l'emporter sur l'antichrésiste.

SECTION II. — Quels actes doivent être transcrits.

122. *Tous* actes, dit la loi hypothécaire, quand ils sont translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, ainsi que les baux déterminés par la loi. Cela veut-il dire que les actes antérieurs à la loi nouvelle doivent être transcrits aussi bien que les actes postérieurs? Nous avons examiné la question en traitant de la non-rétroactivité des lois (t. I, n° 220). La négative est admise par tout le monde, seulement on a eu tort d'invoquer, dans la discussion de la loi hypothécaire, le principe de l'article 2, d'après lequel la loi n'a point d'effet rétroactif. Ce que l'on aurait pu dire, c'est qu'il y a une rétroactivité morale qui ne vaut guère mieux que la rétroactivité légale. Ceux qui ont acheté des immeubles sous l'empire du code civil, sont devenus propriétaires à l'égard des tiers, par le seul effet du contrat. Si on les avait assujettis à la formalité et aux frais de la transcription, on aurait porté atteinte, non pas à un droit légalement acquis, mais à une position que les parties contractantes ont dû croire définitivement acquise; on n'aurait pas lésé un droit, mais on aurait blessé des intérêts,

des convenances. Or, le législateur, qui est l'organe des intérêts de tous, doit éviter de les heurter. Voilà pourquoi, dans le passage d'une législation ancienne à une législation nouvelle, il y a des mesures de prudence à prendre, afin de ne pas exciter des mécontentements. Les lois nouvelles ont déjà de la peine à pénétrer dans les mœurs; il suffit qu'elles nécessitent des frais, comme la loi de transcription, pour indisposer les esprits, alors que le devoir du législateur est de les concilier. Aussi les lois sur la transcription ont-elles toujours ménagé les intérêts nés sous l'empire des lois anciennes; la loi de messidor an III, la loi de brumaire an VII, déclaraient expressément que les ventes antérieures à la loi nouvelle seraient régies par les lois anciennes. Il en est de même de la loi française du 23 mars 1855 (art. 11) (1). La loi belge ne se prononce pas sur ce point; ce silence s'explique par l'opinion qui régnait dans les chambres, que la transcription ne pouvait être appliquée aux actes antérieurs, sans violer le principe de la non-rétroactivité. C'était une erreur, mais l'erreur même marque la volonté du législateur. Nous ajouterons qu'il eût été bon de formuler cette volonté dans la loi. La discussion n'est pas la loi, alors même que c'est le rapporteur ou le ministre qui en expose le sens; c'est une grande autorité, mais le texte seul oblige. On l'oublie trop souvent, en se contentant d'explications. En matière de législation, il faudrait toujours se rappeler le bon mot de Talleyrand : S'il y a des choses qui vont sans dire, elles vont encore mieux en les disant.

123. La loi française de 1855 porte que les dispositions de la loi nouvelle sur la transcription ne sont pas applicables aux actes ayant acquis date certaine et aux jugements rendus avant le 1er janvier 1856. Leur effet, dit l'article 2, est réglé par la législation sous l'empire de laquelle ils sont intervenus. Le principe, tel qu'il est formulé par la loi française, est aussi applicable à la loi belge, sauf la disposition qui ne rend la nouvelle loi obligatoire, en ce qui concerne la transcription, qu'à partir du 1er janvier

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 520, nos 345 et 34[illegible].

1856, bien qu'elle eût été publiée le 23 mars : c'est une mesure de faveur qui déroge à la rigueur des principes ; il va sans dire qu'elle n'est pas applicable en Belgique. Il n'en est pas de même de la question de savoir quels sont les actes antérieurs à la loi nouvelle qui sont dispensés de la publicité ; il faut, d'après la loi française, qu'ils aient date certaine de leur antériorité. C'est une application de l'article 1328. J'oppose un acte de vente à un tiers, et je prétends que cet acte ne doit pas être transcrit parce qu'il est antérieur à la loi du 16 décembre 1851. Je dois prouver cette antériorité ; or, à l'égard des tiers, la date ne résulte que des faits déterminés par l'article 1328. Il ne suffit donc pas que je produise un acte sous seing privé portant une date antérieure à la publication de la loi nouvelle ; il faut que l'acte ait reçu date certaine conformément à l'article 1328. A défaut de date certaine, l'acte tombe sous l'application de la loi nouvelle.

SECTION III. — Formalités de la transcription.

§ Ier. *Quels actes sont admis à la transcription.*

124. L'article 2 de la loi hypothécaire porte : « Les jugements, les actes authentiques et les actes sous seing privé reconnus en justice, ou devant notaire, seront seuls admis à la transcription. Les procurations relatives à ces actes devront être données dans la même forme. » Il suit de là qu'en principe les actes authentiques seuls sont admis à la transcription, car si la loi permet de transcrire des actes sous seing privé, c'est à la condition qu'ils soient transformés en actes authentiques par la reconnaissance qui en est faite en justice ou par-devant notaire. Pourquoi la loi n'admet-elle pas à la transcription les actes sous seing privé? C'est une grave dérogation au code civil, lequel met sur la même ligne les actes sous seing privé et les actes authentiques, notamment en matière de vente ; aux termes de l'article 1583, la vente peut être faite par acte authentique ou sous seing privé. Si je puis vendre par acte sous seing privé, pourquoi la loi me défend-elle de transcrire cet

acte? La transcription n'est que la copie de l'acte qui constate la convention. Si la loi permet aux parties de contracter sous seing privé, pourquoi leur défend-elle de rendre l'acte public? C'est déroger à l'article 1583, en ce qui concerne les ventes immobilières et pour tous les actes soumis à la transcription. Les parties peuvent, à la vérité, traiter sous seing privé; mais comme leurs conventions n'auraient aucun effet à l'égard des tiers, puisque l'acte ne pourrait être transcrit, elles sont forcées de faire dresser un acte authentique des ventes et de tout acte translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers, ainsi que des baux dépassant neuf ans ou contenant quittance de trois ans de loyer. Quels sont les motifs de cette dérogation au code civil?

Cette question a été l'objet d'assez vifs débats en Belgique et en France, et elle a été résolue en sens divers. La loi française de 1855 a maintenu le principe du code civil, en permettant aux parties de faire transcrire les actes sous seing privé; tandis qu'en Belgique on a dérogé au code civil en exigeant des actes authentiques pour la transcription. Lequel des deux systèmes est le meilleur? En théorie, il n'y a pas de doute, c'est le principe de l'authenticité qui répond le mieux au but de la transcription. Le législateur a prescrit la publicité des transmissions immobilières afin de consolider le droit de propriété, en mettant les tiers acquéreurs à l'abri de toute éviction et en donnant aux tiers créanciers hypothécaires une garantie de la stabilité de leurs droits. Pour assurer et consolider les droits des tiers, le fait matériel de la transcription ne suffit point, il faut, avant tout que les actes que l'on transcrit soient stables et, autant que possible, inattaquables. Or, il est certain que les actes authentiques présentent seuls cet avantage. Ils font foi par eux-mêmes, tandis que les actes sous seing privé ne font foi que lorsqu'ils ont été reconnus ou vérifiés en justice; il suffit de dénier l'écriture ou la signature d'un acte sous seing privé pour qu'il cesse de faire aucune foi; dans ce cas, il s'engage un procès long et chanceux pour vérifier l'écriture et la signature. Est-ce consolider la propriété que de la faire dépendre d'un acte qui par lui-même ne fait aucune foi et qu'il est si difficile de maintenir quand

il est attaqué? Ce n'est pas tout. Les conventions translatives ou déclaratives de droits réels immobiliers sont des contrats synallagmatiques, ainsi que les baux, dont les actes qui les constatent sont soumis aux formalités du double et de la mention du double (art. 1325). C'est une nouvelle source de procès et, partant, une nouvelle cause d'instabilité. Enfin la transcription se fait pour donner aux tiers la connaissance exacte et complète de la situation immobilière de celui avec lequel ils traitent; voilà pourquoi la loi veut que les actes soient transcrits en entier. Cela suppose que les actes sont rédigés avec clarté et avec intelligence. Faut-il demander si les écrits dressés par les parties, ou par des premiers venus se disant agents d'affaires, offrent des garanties d'une bonne rédaction? On peut médire des actes notariés tant que l'on voudra, toujours est-il qu'ils sont généralement mieux faits que les actes sous seing privé. Ils réunissent donc à tous égards les caractères que doit avoir un acte destiné à éclairer les tiers et à consolider la propriété immobilière (1).

Voilà ce que dit la théorie. Sur le terrain pratique, notre question devient très-douteuse. La loi nouvelle déroge au code civil; or, on ne change une loi ancienne que lorsque celle-ci a donné lieu à des inconvénients, quand l'expérience en a révélé les défauts. Lorsque la loi hypothécaire a été discutée, la Belgique était régie depuis un demi-siècle par le code civil; les transactions immobilières se faisaient par actes sous seing privé : ces actes ont-ils compromis les intérêts des parties contractantes ou des tiers? Si ceux-ci se sont trouvés lésés, c'est par le défaut de publicité, ce n'est pas parce que les ventes se faisaient par actes sous seing privé. Ce sont des praticiens qui, dans le sein de la chambre des représentants, ont attaqué l'innovation que la loi hypothécaire apportait au code civil. On craint les procès, disaient les avocats; eh bien, l'expérience atteste que les dénégations d'écritures sont très-rares; on peut aussi s'inscrire en faux contre un acte authentique, mais il ne

(1) Discours de M. Tesch, ministre de la justice (Parent, p. 224, 225). Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, p. 132, n° 104.

faut pas conclure du droit au fait; et, en fait, les actes sous seing privé ne donnent pas lieu à plus de procès que les actes notariés (1).

Nous faisons nos réserves contre ces allégations : l'expérience que l'on invoquait contre la loi nouvelle ne pouvait se faire sous l'empire d'une loi qui ne prescrivait pas la publicité des actes, sauf dans les cas assez rares où l'acquéreur procédait à la purge. L'expérience se fera en France, où la loi de 1855 a maintenu le système du code civil. Si le législateur français s'est prononcé en faveur des actes sous seing privé, c'est en grande partie à raison du respect que l'on professe en France pour le code Napoléon (2). Nous l'admirons aussi, mais il ne faut pas que l'admiration devienne une idolâtrie qui arrête tout progrès. Les faits constateront si la loi française a eu raison d'admettre à la transcription les actes sous seing privé.

125. La loi admet d'abord à la transcription les jugements. Ce sont des actes authentiques; c'est donc une application du principe de la loi. Quels sont les jugements qui peuvent être présentés au conservateur des hypothèques pour être transcrits? Le mot *jugements* a été inséré dans l'article 2, sur la proposition de la commission du sénat, à la suite du changement de rédaction que l'on avait fait à l'article 1er, en y ajoutant *les jugements tenant lieu de conventions ou de titres;* ce sont ces mêmes jugements que la loi admet à la transcription (3). Il faut donc interpréter l'article 2 par l'article 1er, dont il n'est que la mise à exécution.

C'est d'après ce principe qu'il faut décider la question de savoir si l'on peut admettre à la transcription les jugements avant qu'ils soient passés en force de chose jugée. Une circulaire du ministre des finances du 22 mai 1852 répond que l'affirmative n'est pas douteuse; elle invoque l'intérêt de celui qui a obtenu le jugement de le transcrire le plus

(1) Jullien, séance de la chambre du 30 janvier 1851 (Parent, p. 212). Moreau, séance du 31 janvier (Parent, p. 219).

(2) Voyez le Rapport de M. De Belleyme, qui discute très bien la question (Troplong, *De la transcription*, p. 35-42).

(3) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 399).

tôt possible, puisque, avant la transcription, l'acte qui doit être transcrit ne peut pas être opposé aux tiers. La question est cependant controversée (1); et, à notre avis, la solution n'est pas aussi évidente que le dit la circulaire ministérielle. Nous croyons que la loi la tranche dans un sens contraire. L'article 2 détermine les caractères extérieurs que doivent avoir les actes soumis à la transcription; ainsi il dit que les actes doivent être authentiques ou sous seing privé reconnus. Mais la loi ne dit pas quels sont ces actes; c'est l'article 1er qui décide quels actes doivent et, par conséquent, peuvent être transcrits; il faut que ce soient des actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers ou des baux excédant neuf années ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer. Il en est de même des jugements. Quels jugements peuvent être transcrits? Ceux qui doivent l'être d'après l'article 1er; donc les jugements *passés en force de chose jugée* tenant lieu de conventions ou de titres. Vainement dit-on qu'il n'y avait aucune raison d'exiger que le jugement soit passé en force de chose jugée, puisque dès qu'il y a un jugement il y a un acte. Martou en conclut que les mots *passés en force de chose jugée* ont été insérés dans la loi par inattention. Qu'importe? Ils s'y trouvent, et l'interprète ne peut pas les effacer; il est enchaîné par le texte, et il doit décider que le jugement ne tient lieu de convention ou de titre, et que, par suite, il ne doit et ne peut être transcrit que lorsqu'il a acquis l'autorité de chose jugée. Il y a d'ailleurs un motif. Quel est le but de la transcription? C'est de rendre publics les actes ou jugements qui constatent une mutation immobilière. Pour qu'un jugement doive et puisse être transcrit, il faut donc qu'il présente le même caractère d'irrévocabilité que l'acte notarié. Cet acte est définitif, le notaire ne peut ni le modifier ni le révoquer. En est-il de même du jugement? Non, tant qu'il n'est pas passé en force de chose jugée; car d'un instant à l'autre il peut être anéanti par l'appel ou par l'opposition. On objecte que l'acte doit

(1) Delebecque (n° 29), Casier (n° 35) et Martou (t. I, n° 206) se prononcent en faveur de la circulaire. Cloes (t. I, nos 40 *bis* et suiv.) est d'un avis contraire.

être transcrit, bien qu'il constate une convention conditionnelle. L'objection confond l'*acte*, c'est-à-dire l'instrument, l'écrit, avec la convention; la convention peut être conditionnelle, mais l'acte ne l'est jamais. Il n'y a jamais deux actes pour une convention; donc, dès qu'il y a un acte, il doit être transcrit, quand même la convention serait conditionnelle; tandis qu'il y a très-souvent deux décisions judiciaires, dont la première est anéantie par cela seul qu'elle est remise en question par l'effet de l'appel ou de l'opposition. Il est donc très-logique de ne transcrire que la décision définitive, la seule, après tout, qui tienne lieu de convention ou de titre; la seule, par conséquent, qui puisse être opposée aux tiers.

126. La loi admet, en second lieu, à la transcription les actes authentiques. Elle entend par là les actes notariés. En effet, il s'agit d'actes constatant des conventions translatives ou déclaratives de droits réels immobiliers, telles que des donations, des ventes ou des partages d'immeubles. Or, les notaires seuls ont le droit de recevoir les conventions auxquelles, comme dans l'espèce, les parties doivent donner l'authenticité (loi du 25 ventôse an XI, art. 1er). Telle est la règle; il peut y avoir des exceptions, mais il faut pour cela des lois formelles, car le législateur seul a le pouvoir de déterminer les attributions des officiers publics chargés d'instrumenter.

Le code de procédure (art. 54) donne au juge de paix le droit de dresser procès-verbal des arrangements que prennent les parties qui comparaissent devant lui en conciliation. Si ces arrangements contiennent une convention soumise à la transcription, le procès-verbal dressé par le juge de paix sera-t-il admis comme acte authentique? L'affirmative est certaine, car le juge de paix est un fonctionnaire public chargé par la loi de recevoir les conventions des parties qui doivent se présenter en conciliation devant lui; on peut donc appliquer au procès-verbal qui contient leurs arrangements la définition que l'article 1317 donne de l'acte authentique; ce qui est décisif. Il y a cependant un motif de douter dans ce qu'ajoute l'article 54 : « Les conventions des parties insérées au procès-verbal ont force d'obligation

privée. » Cela veut-il dire que le procès-verbal est assimilé à un acte sous seing privé? Non; la loi, comme nous l'avons dit ailleurs, entend dire que le procès-verbal n'a pas force exécutoire; c'est donc un acte authentique, mais destitué d'un des avantages que présente l'acte notarié. Or, la force exécutoire de l'acte est indifférente quand il s'agit de le transcrire; ce qui importe, c'est que l'acte fasse foi comme authentique, et ce caractère ne saurait être contesté au procès-verbal de conciliation (t. XIX, n° 104) (1).

Il y a même un fonctionnaire administratif auquel la loi confère le droit de recevoir certaines conventions; d'après la loi du 8 mars 1810 sur l'expropriation (art. 12), les préfets, remplacés en Belgique par les gouverneurs, peuvent recevoir les actes de cession volontaire consentis par les propriétaires expropriés. Ces actes sont rédigés dans la forme des actes d'administration, et minute en reste déposée dans les archives du gouvernement provincial. Ils sont authentiques, puisqu'on peut leur appliquer la définition de l'article 1317 : c'est un officier public qui les passe, il a le droit d'instrumenter dans l'espèce, et nous supposons que l'écrit est rédigé avec les solennités requises. Il suit de là que ces actes sont admis à la transcription (1).

127. Enfin la loi reçoit à la transcription les actes sous seing privé reconnus en justice ou devant notaire. Nous avons dit ailleurs ce que l'on entend par actes *reconnus en justice*. Il ne suffit pas que, dans le cours d'un procès, l'une des parties reconnaisse un écrit par acte d'avoué, il faut l'intervention de la justice, c'est-à-dire un jugement qui donne acte de la reconnaissance. C'est ce que l'article 2123 appelle une reconnaissance ou vérification faite en jugement. La reconnaissance volontaire et la vérification, à défaut de reconnaissance, donnent lieu à une procédure qui est réglée par le code judiciaire (code de proc., art. 193 et suiv.). Si le défendeur reconnaît l'écrit, dit l'article 194, le *jugement* en donnera acte au demandeur; si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut, ce qui se fait encore par jugement, et l'écrit sera tenu pour reconnu. Lorsque le

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, p. 139, n° 109.

défendeur dénie la signature à lui attribuée, ou déclare ne pas reconnaître celle attribuée à un tiers, la vérification s'en fait dans les formes tracées par le code de procédure, et c'est un jugement qui déclarera que l'écrit est reconnu (1).

Il suit de là que la reconnaissance faite devant le juge de paix, siégeant en conciliation, ne serait pas admise à la transcription. En effet, ce n'est pas une convention constatée au procès-verbal, et ce n'est pas un jugement, puisque le magistrat conciliateur ne rend pas de jugement; donc cette reconnaissance ne se trouve pas dans les termes de l'article 2, et ces termes sont restrictifs: sont *seuls* admis à la transcription, dit la loi, les actes qu'elle énumère.

128. La loi place sur la même ligne la reconnaissance faite devant notaire. Cette reconnaissance donne lieu à quelques difficultés. Il s'agit de transformer un acte sous seing privé en acte authentique; il faut donc que le notaire reçoive l'acte par lequel les parties reconnaissent devant lui l'écrit qu'elles lui présentent, c'est-à-dire déclarent qu'elles ont consenti les conventions qui s'y trouvent rapportées. Faut-il que l'acte dressé par le notaire contienne la copie de l'acte sous seing privé? A notre avis, oui; ce n'est qu'à cette condition qu'une écriture privée devient une écriture authentique, dans le sens de l'article 2 de la loi hypothécaire. On enseigne cependant qu'il suffit d'une mention sommaire des éléments essentiels de l'acte (2). Cela nous paraît douteux. C'est l'acte de reconnaissance qui est transcrit; il faut donc que cet acte reproduise intégralement les conventions arrêtées par les parties et consignées dans l'écrit sous seing privé, sinon le but de la loi n'est pas atteint, car elle veut que l'acte soit transcrit *en entier*; et, l'acte, dans l'espèce, c'est l'écrit sous seing privé revêtu des formes de l'authenticité.

Nous avons dit ailleurs qu'un acte de dépôt ne suffisait point. L'opinion contraire est généralement admise. Il faut

(1) Delebecque, *Commentaire législatif*, p. 53, n° 50. Casier, *Etudes*, p. 53, n° 42. Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 66, n°s 131 et 132. Martou, *Commentaire*, t. I, p. 141, n° 113.

(2) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 143, n° 116.

s'entendre. La loi veut que l'acte sous seing privé, pour être admis à la transcription, soit *reconnu* devant notaire; or, un simple acte de *dépôt* n'implique pas de *reconnaissance*; il n'a pour objet, comme tout *dépôt*, que la garde et la conservation de l'écrit. Si, en déposant l'acte chez un notaire, les parties le reconnaissent, l'acte est tout ensemble un acte de dépôt et un acte de reconnaissance; et, par conséquent, il sera admis à la transcription. Faudra-t-il, dans ce cas, que l'écrit soit relaté en entier dans l'acte dressé par le notaire? Si l'écrit est annexé à l'acte de reconnaissance et placé parmi les minutes du notaire, la copie de l'écrit est inutile, l'écrit original qui est annexé à l'acte en tient lieu. L'acte de dépôt, dans ces conditions, sera un acte de reconnaissance et, à ce titre, admis à la transcription (1). Il reste vrai de dire qu'il y a une différence essentielle entre le dépôt et la reconnaissance : le dépôt peut être fait par l'une des parties, tandis que la reconnaissance doit nécessairement émaner des deux parties contractantes; c'est donc une nouvelle convention destinée à transformer la première, en lui imprimant le caractère d'authenticité. De là suit que l'acte de dépôt ne vaudra reconnaissance que s'il a été fait par les deux parties.

129. Les actes sous seing privé antérieurs à la loi hypothécaire sont admis à la transcription sans avoir été reconnus. Cela a été dit, lors de la discussion, par le rapporteur de la commission de la chambre des représentants, en réponse à une interpellation de M. de Theux (2). Ces actes ne doivent pas être transcrits, comme nous l'avons dit plus haut (n° 122). Les conventions constatées par des actes sous seing privé, antérieurement à la loi nouvelle, ont transféré la propriété à l'égard des tiers; elles sont assimilées à des actes transcrits; on devait, par conséquent, permettre aux parties intéressées de les faire transcrire. C'est pour mettre les parties à même de profiter du bénéfice de leurs droits acquis que la loi du 3 septembre 1851 a été portée; elle est ainsi conçue : « Dans les deux mois

(1) Troplong, *Hypothèques*, n° 506. Martou, *Commentaire*, t. I, p. 143, n° 117.
(2) Séance du 25 février 1851 (Parent, p. 378).

qui suivront la publication de la présente loi, les actes sous seing privé, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, et ceux portant bail d'immeubles, qui ne sont pas enregistrés, pourront être soumis, sans amende et moyennant payement du droit simple, à cette formalité, ainsi qu'à celles du timbre et de la transcription. » Pourvu que ces actes aient été enregistrés, et que par là ils aient acquis date certaine de leur antériorité à la loi hypothécaire, ils peuvent encore être transcrits depuis la publication de la loi nouvelle, par la raison qu'en a donnée M. Lelièvre : il y a droit acquis, dans l'esprit de la loi hypothécaire, la propriété est transférée à l'égard des tiers, la transcription de l'acte antérieur n'a donc plus pour objet de transférer la propriété à l'égard des tiers, elle n'a qu'un but de publicité; elle apprend aux tiers que la propriété est transférée, à leur égard, depuis la date de l'enregistrement (1).

130. L'article 2 de la loi hypothécaire ajoute : « Les procurations relatives à ces actes devront être données dans la même forme. » D'après l'article 1985, « le mandat peut être donné ou par acte public, ou par acte sous seing privé, même par lettre ». Pourquoi la loi veut-elle que les procurations relatives aux actes soumis à la transcription soient authentiques ? M. Lelièvre répond dans un premier rapport supplémentaire : « La loi exige que la volonté des parties soit manifestée par acte irrécusable, dont l'existence ne puisse être méconnue. Ce mandat, d'ailleurs, doit participer de la nature de l'acte auquel il est relatif, et, par conséquent, il est indispensable qu'il soit revêtu, comme ce dernier, du caractère authentique, qui seul assure sa sincérité d'une manière incontestable (2). » C'était une simple opinion énoncée par le rapporteur; la commission du sénat crut que mieux valait formuler le principe dans la loi (3). Dans son rapport sur les amendements adoptés par le sénat, M. Lelièvre dit que le principe n'est point douteux, que Merlin déjà l'avait enseigné en termes énergiques qu'il croit devoir rapporter. Nous ferons de même. Merlin est

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p 144, n° 119.
(2) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 187).
(3) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 399). Martou, t. I, p. 145, n° 120.

un peu négligé par les jeunes lecteurs ; il se fait vieux, mais ce vieux est de beaucoup supérieur aux modernes :

« La forme du mandat est nécessairement subordonnée à la forme essentielle de l'acte qu'il a pour objet ; et si cet acte est de nature à exiger, pour sa perfection, l'intervention d'un officier public, il faut également qu'un officier public intervienne dans le mandat. L'article 933, qui exige l'authenticité de la procuration pour l'acceptation du donataire, ne doit pas être considéré comme une exception à la prétendue disposition absolue de l'article 1985, mais comme une application de cette règle de bon sens, que la procuration étant le principe de l'acte et s'identifiant essentiellement avec lui, elle ne peut pas être faite sous seing privé, alors que l'acte lui-même ne peut être fait qu'en forme authentique (1). »

131. Une circulaire ministérielle du 22 mai 1852 n'a tenu aucun compte de cette forte argumentation ; elle admet que la transcription peut avoir lieu, quoique le mandat soit verbal. Le motif qu'elle allègue est encore plus étrange que la doctrine : c'est seulement quand les parties donnent la procuration par écrit, qu'elles doivent en faire dresser un acte authentique ; mais elles sont libres de donner un mandat verbal, aux termes de l'article 1985. Voilà une opinion, disons mieux, une erreur qu'il suffit d'exposer pour la réfuter. Quoi ! la loi ordonne que la convention soit constatée par un acte authentique, si les parties veulent la faire transcrire ; et un des éléments essentiels de la convention, le consentement de l'une des parties, pourrait se donner sans forme aucune ! C'est comme si l'on disait que l'hypothèque et la donation peuvent se faire verbalement. Inutile d'insister (2).

132. Faut-il appliquer à l'autorisation maritale ce que la loi dit des procurations ? La question est controversée. Un de nos meilleurs auteurs se prononce pour l'affirmative, parce que, dit-il, il y a même motif de décider (3). L'analo-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Hypothèque*, sect. II, § II, art. X.
(2) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 147, n° 121.
(3) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 151, n° 127. En sens contraire, Casier, *Études*, p. 57, n° 47, et Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 74, n°s 146 et 147.

gie est souvent un argument trompeur; ne serait-ce pas ici le cas? Grande est la différence entre la procuration donnée pour consentir, et l'autorisation qui couvre l'incapacité de la femme. Sans la procuration, il n'y a point de consentement, donc pas d'acte; et, partant, il n'y a pas de transcription possible; tandis que l'autorisation est étrangère à la convention, c'est une mesure de protection et un acte de puissance maritale; sans doute la convention contractée sans autorisation peut être annulée, mais elle existe, elle produit ses effets tant qu'elle n'a pas été annulée; elle peut et elle doit donc être transcrite, quand même il n'y aurait pas d'autorisation; à plus forte raison doit-elle l'être si l'autorisation a été donnée et si elle est seulement viciée en la forme, en supposant que la forme authentique soit requise. Nous n'entrons pas dans les détails de la controverse, elle a été traitée ailleurs (t. III, n° 119).

133. Les actes passés à l'étranger peuvent-ils être transcrits en Belgique? Un premier point est certain, c'est que la loi qui prescrit la transcription est un statut réel, qui s'applique à tous les immeubles situés sur le territoire belge, quels que soient les propriétaires de ces immeubles, Belges ou étrangers. Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit, au premier livre, sur l'article 3 (t. I, n° 102). La forme des actes admis à la transcription est également un statut réel, car si la loi n'admet à la transcription que les actes authentiques, c'est pour consolider la transmission de la propriété immobilière. Ce n'est donc pas le cas d'appliquer la règle d'après laquelle les formes des actes se déterminent par la loi du lieu où l'acte est passé; cette règle ne concerne que les formes instrumentaires, qui ont pour objet d'assurer la libre expression de la volonté des parties; or, l'authenticité des actes qui doivent être transcrits n'a rien de commun avec l'expression de la volonté des parties, elle a uniquement pour but de rendre stable l'acquisition de la propriété. Cela est décisif.

Reste à savoir quand un acte reçu à l'étranger sera authentique. Ici l'adage *Locus regit actum* reprend son empire. La loi hypothécaire l'applique aux hypothèques consenties en pays étranger; ces hypothèques sont vala-

bles, pourvu qu'elles aient été constituées par acte authentique, mais elles n'ont d'effet en Belgique que lorsque les actes auront été revêtus du visa du président du tribunal de la situation des biens. » Ce magistrat, dit l'article 77, est chargé de vérifier si les actes réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus. » Ce principe s'applique aussi aux actes soumis à la transcription qui ont été passés en pays étranger, en ce sens qu'ils sont admis à la transcription en Belgique, s'ils sont reçus d'après les lois du pays où ils ont été passés. Mais faut-il que le président y mette son visa? On admet généralement la négative. Cette formalité, dit-on, est requise pour que l'acte soit exécutoire; or, la transcription n'est pas un acte d'exécution forcée, c'est une simple publicité d'un acte authentique. Il suffit donc que l'acte soit authentique. Qui vérifiera si les formes prescrites par la loi étrangère ont été remplies? Est-ce le président du tribunal, conformément à l'article 77? Non, les formalités ne s'étendent pas d'un cas à un autre par voie d'analogie. Il faut donc décider que le conservateur des hypothèques doit faire cette vérification (1). Cette doctrine nous laisse quelque doute. D'abord nous n'admettons pas l'interprétation que l'on donne à l'article 77; à notre avis, cette disposition est étrangère à la force exécutoire de l'acte; la formalité du visa est requise pour que l'acte soit réputé authentique en Belgique, c'est-à-dire pour que l'hypothèque existe comme acte solennel. Le principe établi par l'article 77 est donc que l'hypothèque n'est un acte solennel qu'en vertu du visa. Or, la transcription aussi ne peut se faire qu'en vertu d'un acte authentique. Conçoit-on qu'un acte reçu à l'étranger vaille en Belgique pour la transcription sans visa, tandis qu'il ne pourrait pas être inscrit sans cette formalité? Ainsi il conserverait le privilége du vendeur et il ne conserverait pas l'hypothèque d'un créancier hypothécaire? Il y aurait là une anomalie inexplicable. Sans doute les formalités ne s'étendent pas d'un cas à un

(1) Casier, *Études*, p. 56, n° 45. Martou, *Commentaire*, t. I, p. 152, n° 123.

autre; mais, dans l'espèce, il s'agit d'une seule et même formalité, car l'inscription et la transcription sont identiques, en ce sens qu'elles constituent la publicité requise pour que les droits réels immobiliers aient effet à l'égard des tiers; qu'importe que cela se fasse par voie d'inscription ou de transcription?

En théorie, cela nous paraît incontestable. Toutefois, dans le silence de la loi, le conservateur ne pourrait pas refuser de transcrire un acte qui ne serait pas revêtu du visa du président, car il n'y a aucun texte formel qui exige cette formalité. Naît alors la question de savoir quel serait l'effet de la transcription. Dans notre opinion, elle équivaudrait à la transcription d'un acte dont l'authenticité ne serait pas établie et pourrait, par conséquent, être contestée. Les parties intéressées feront donc sagement en soumettant au visa du président les actes qu'ils veulent présenter à la transcription.

Ici s'élève une nouvelle difficulté. Le président pourrait-il refuser le visa? A la rigueur, oui, car aucune loi ne lui donne mission de viser les actes soumis à la transcription. Mais ne serait-ce pas s'attacher trop servilement à la lettre de la loi? Si l'on admet qu'un acte n'est authentique en Belgique qu'en vertu du visa, le président doit avoir qualité pour viser les actes reçus à l'étranger, sans distinguer si ces actes sont soumis à l'inscription ou à la transcription; s'il y avait doute, ou seulement contestation sur l'authenticité de l'acte présenté au conservateur, celui-ci agira prudemment en transcrivant, car il n'est pas juge de la validité des actes qu'il transcrit; s'il refusait sans motifs suffisants, la partie intéressée pourrait agir en justice contre lui pour le contraindre à transcrire et demander des dommages-intérêts. Ceci nous conduit à examiner quel est le droit ou le devoir du conservateur en ce qui concerne la transcription des actes qu'on lui présente.

134. Le conservateur des hypothèques doit-il transcrire tous les actes dont on lui demande la transcription? On suppose que l'acte ne doive pas être transcrit, ou qu'il ne puisse pas l'être, parce qu'il ne présente pas les conditions de forme exigées par l'article 2. La question est controver-

sée et la solution est douteuse. En principe, le conservateur ne doit transcrire que les actes qui, d'après la loi, doivent être transcrits et qui, d'après l'article 2, sont admis à la transcription. L'article 130 le dit implicitement : « Dans aucun cas, les conservateurs ne peuvent refuser la transcription, sous peine des dommages-intérêts des parties » (art. 2199). Cet article suppose que le conservateur refuse de transcrire un acte dont les parties ont le droit d'exiger la transcription, puisque la loi soumet le conservateur à des dommages-intérêts; et il n'y aurait certes pas lieu à dommages-intérêts si le conservateur refusait d'opérer une transcription que les parties n'ont pas le droit de requérir. Cela prouve que le refus seul de transcrire ne rend pas le conservateur responsable. Dès lors on ne peut pas dire qu'il soit obligé de transcrire tout acte qu'on lui présente (1).

On présente au conservateur un acte translatif ou déclaratif de droits réels mobiliers : est-il tenu de le transcrire? Non, car cet acte ne doit pas être transcrit, et le conservateur ne peut pas être obligé de transcrire tous les actes qu'il plairait à une personne de faire transcrire. Le refus, d'ailleurs, ne donnerait pas lieu à responsabilité, puisqu'il ne peut résulter aucun dommage de la non-transcription d'un acte que la loi n'ordonne pas de transcrire.

On présente au conservateur un acte qui, d'après l'article 1er de la loi hypothécaire, devrait être transcrit; mais il n'a pas les caractères voulus par la loi : c'est un acte sous seing privé, par exemple. Le conservateur doit-il le transcrire? Non, car les actes sous seing privé ne sont pas admis à la transcription. Le refus du conservateur ne le soumettrait à aucune responsabilité, puisqu'il n'en peut résulter aucun dommage.

Dans les cas que nous venons de supposer, la décision n'est pas douteuse, puisque le conservateur agit en vertu du texte de la loi. Du moment qu'il y a doute, la prudence commande au conservateur de transcrire, car ce n'est pas

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 73, n° 50. Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 26, n° 40[4]. Comparez Delebecque, *Commentaire*, p. 37, n° 29. Sur la doctrine française, voyez Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 431, n[os] 215-217.

lui qui est juge de la question de savoir quel acte doit être transcrit et quel acte peut l'être, c'est le tribunal; en transcrivant l'acte, il ne compromet aucun intérêt, tandis qu'en refusant de transcrire il peut causer un dommage à celui qui a requis la transcription; or, l'article 130 le déclare responsable de son refus dès qu'il en résulte un dommage. Nous reviendrons sur le principe de la responsabilité, au chapitre qui est le siége de la matière.

135. Il se peut que le conservateur transcrive un acte nul en la forme ou nul au fond. Quel sera l'effet de la transcription? La transcription ne valide pas l'acte; l'acte reste ce qu'il était. Cela est d'évidence. Si donc l'acte était nul au fond, pour mieux dire, si la convention constatée par l'acte était nulle, elle resterait nulle, et, par conséquent, il n'y aurait pas de mutation immobilière. Si l'acte était seulement nul en la forme, en ce sens qu'il ne présente pas les caractères exigés par la loi pour être admis à la transcription, la transcription serait nulle et, par suite, l'acte ne pourrait être opposé aux tiers. Mais quand la transcription sera-t-elle nulle? La loi ne prévoit pas la difficulté, elle ne prononce pas la nullité. Si on l'admet, ce ne peut être qu'une nullité virtuelle, c'est-à-dire une nullité fondée sur la volonté tacite du législateur; et cette volonté s'induit de la nature de l'acte et de l'importance des formalités que la loi prescrit. Pour apprécier cette importance, on peut invoquer, par analogie, la disposition de la loi hypothécaire concernant la nullité de l'inscription. L'analogie est incontestable, car la publicité des hypothèques et la publicité des actes déclaratifs ou translatifs de droits réels immobiliers, ainsi que des baux, ont le même but, c'est d'éclairer les tiers sur la situation immobilière du propriétaire avec lequel ils traitent. Quant au principe établi par la loi nouvelle (art. 85), il résulte du but même que le législateur a eu en vue en prescrivant la publicité : il a voulu éclairer les tiers et les garantir ainsi de tout préjudice qui serait résulté pour eux de l'ignorance où ils sont de l'acte qui a transféré la propriété d'un immeuble. Si la transcription, quoique irrégulière, leur a appris ce qu'ils avaient intérêt de savoir, ils ne peuvent pas dire qu'ils sont lésés,

le but de la publicité est atteint; partant, il n'y a pas lieu de se prévaloir de l'irrégularité de la transcription pour en provoquer la nullité. Si, au contraire, l'irrégularité est de telle nature, qu'elle ait induit les tiers en erreur, et si cette erreur leur a été préjudiciable, le but de la publicité est manqué; c'est dire que les tiers pourront invoquer l'irrégularité pour soutenir que la transcription est nulle, que l'acte doit être considéré comme n'ayant pas été transcrit, et, partant, qu'il ne peut leur être opposé. La question de nullité devient ainsi une question de préjudice, donc une question de fait. Il ne suffira pas que le tiers prouve que la transcription est irrégulière, il faut qu'il prouve que l'irrégularité lui a été préjudiciable (1).

Supposons que le conservateur ait transcrit un acte reçu à l'étranger, le croyant authentique, tandis qu'il ne l'était pas. La transcription est irrégulière : en résulte-t-il qu'elle sera nulle? Non, si l'acte transcrit faisait connaître d'une manière claire et exacte la convention qui devait être transcrite, le tiers qui consultera le registre aux transcriptions aura une connaissance complète de ce qu'il a intérêt à savoir, qu'une vente a eu lieu; si, se prévalant de l'irrégularité de la transcription, il traite néanmoins avec le propriétaire, il est de mauvaise foi; or, les tiers coupables de fraude ne peuvent pas invoquer le défaut de transcription.

Si, au contraire, le conservateur avait transcrit l'acte de dépôt d'un écrit sous seing privé, et que la transcription ne fasse pas connaître au tiers qui consulte le registre toutes les clauses de la vente, cette publicité insuffisante induira le tiers en erreur; si l'erreur lui est préjudiciable, il peut se prévaloir de l'irrégularité pour demander la nullité de la transcription, car à son égard la transcription n'a pas atteint le but que la loi a eu en vue; donc elle doit être considérée comme n'existant pas.

Si la transcription est annulée, celui qui a fait transcrire l'acte se trouvera en perte : aura-t-il une action en dommages-intérêts contre le conservateur? Oui, si l'irrégularité lui est imputable; ce qui arrivera rarement, car le conser-

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 153, n° 129.

vateur n'est tenu qu'à une chose, à transcrire l'acte qu'on lui présente. Il se peut cependant que la copie soit incomplète par sa faute ou par celle de ses commis; dans ce cas, il sera responsable. Nous reviendrons sur le principe de la responsabilité en expliquant le chapitre qui traite de la matière.

§ II. *Comment se fait la transcription?*

126. La loi (art. 1er) veut que l'acte soit transcrit *en entier*. Ce n'est pas toujours dans cette forme que se fait la publicité; les hypothèques et priviléges sont rendus publics par la voie de l'inscription, et celle-ci ne contient que les mentions requises par la loi, mentions qui doivent être inscrites sur un bordereau, d'après lequel le conservateur fait l'inscription; le bordereau est rédigé par celui qui requiert l'inscription. Il y a aussi des actes qui concernent les droits réels immobiliers dont la loi prescrit la publicité par voie d'inscription : telles sont les demandes en nullité d'un acte translatif de droits réels immobiliers, et les décisions intervenues sur ces demandes. Pourquoi la loi ne s'est-elle pas contentée d'une inscription pour la translation des droits réels immobiliers, ainsi que pour les actes déclaratifs et pour les baux? La question a partagé les meilleurs esprits en Belgique et en France. On a dit, en faveur de l'inscription, que c'est un système moins frayeux et plus facile; les actes que l'on copie en entier sont souvent très-longs; par suite, la publicité devient dispendieuse, ce qui peut engager les parties intéressées à ne pas transcrire, à leur grand préjudice. La transcription complète des actes a encore un autre inconvénient, elle encombre les archives du conservateur et, par conséquent, rend les recherches plus difficiles et moins sûres. Mais l'inscription présente aussi des dangers qui l'ont fait écarter en France et en Belgique. Confiera-t-on aux parties intéressées la rédaction du bordereau, leur ignorance ou l'incurie de ceux qu'ils chargent de ce soin conduira à des inscriptions irrégulières, et la nullité de l'inscription aura ce résultat désas-

treux que l'acquéreur ne sera pas propriétaire à l'égard des tiers; la nullité des inscriptions hypothécaires a entraîné des ruines sans nombre, la nullité des transmissions immobilières serait encore plus ruineuse. Confiera-t-on la rédaction de l'inscription au conservateur des hypothèques? Ce serait lui imposer une responsabilité effrayante et presque impossible. La transcription prévient ces dangers, et elle est d'une exécution aisée; c'est un travail matériel dont il est très-facile de constater la régularité (1).

137. Il nous faut préciser maintenant ce que la loi entend par *transcrire en entier*. Le but que la loi a eu en vue en détermine la portée : elle ne veut pas d'extrait analytique, c'est-à-dire d'analyse du contrat soumis à la transcription, parce que ce résumé aurait pu induire les tiers en erreur, au lieu de les éclairer. Lors donc que le contrat qui doit être transcrit est unique, il doit être copié tel qu'il a été dressé par l'officier public qui l'a reçu, non-seulement sans y rien changer, mais aussi sans l'abréger (2). Si l'acte sujet à transcription contenait plusieurs conventions, il ne doit pas nécessairement être transcrit pour le tout; chaque convention forme un fait juridique distinct, donc il dépend des parties intéressées de les faire transcrire séparément; elles peuvent aussi faire transcrire l'une et ne pas faire transcrire l'autre, la transcription n'étant pas obligatoire. Il se peut même que l'une des conventions ne soit pas sujette à transcription; dans ce cas, on scindera l'acte et on ne transcrira que la convention qui, par sa nature, doit être rendue publique. Telle serait la vente d'une maison et du mobilier qui s'y trouve, avec des prix distincts pour la maison et le mobilier. Cet acte contient deux ventes, une vente mobilière et une vente immobilière; la première ne doit pas être transcrite, la seconde seule est soumise à transcription; il est permis, dans ce cas, de scinder l'acte; on ne transcrira que la partie qui concerne la vente immobilière; en transcrivant cette partie en entier, on satisfait à la loi;

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 107). Comparez Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 439, n° 218.
(2) Troplong, *De la transcription*, p. 283, n° 124. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 442, n° 219.

ce serait, au contraire, la dépasser et la violer que de transcrire une vente mobilière qui ne doit pas être rendue publique. De même, si une vente immobilière se faisait en plusieurs lots, chaque lot fait l'objet d'un contrat séparé, bien que le notaire ne rédige qu'un seul acte; c'est aux divers adjudicataires de faire transcrire leur acquisition, s'ils le veulent; chaque vente sera donc transcrite à part, sans que celui qui requiert la transcription soit tenu de faire transcrire les autres ventes; ce que la loi exige, c'est que la partie de l'acte relative à la convention que l'acheteur veut rendre publique soit transcrite en entier. Tout le monde est d'accord sur ce point (1).

138. Il suit de là que le conservateur doit transcrire, s'il en est requis, une partie seulement d'un acte, si cette partie contient une convention distincte. Mais il pourrait et devrait refuser de transcrire un extrait analytique de l'acte qui, d'après la loi, doit être transcrit en entier. Le conservateur doit obéir à la loi, et il est responsable s'il la viole et que cette violation cause un préjudice à un tiers. Or, la loi veut que l'acte soit transcrit en entier; transcrire un extrait serait donc violer la loi, et si l'extrait avait induit les tiers en erreur, ceux-ci auraient une action en dommages-intérêts contre le conservateur. La question s'est présentée sous l'empire du code civil, qui prescrivait la transcription comme préliminaire de la purge; l'article 2181 exigeait aussi que l'acte fût transcrit en entier; il a été jugé que le conservateur pouvait refuser de transcrire un extrait analytique (2).

139. La transcription en entier présente une autre difficulté : s'il y a des pièces accessoires annexées à l'acte, telles que procurations, autorisations, ces pièces doivent-elles aussi être transcrites? La question s'est présentée devant la cour de cassation de Belgique. Elle pose en principe que les actes qui forment un élément du titre translatif de propriété doivent être transcrits lorsqu'ils sont une partie intégrante de l'acte, qui serait incomplet sans cet

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 76, n° 53, et p. 75, n° 51. Casier, *Etudes*, p. 40, n° 24. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 442, n° 220.
(2) Voyez les témoignages dans Martou, *Commentaire*, t. I, p. 73, n° 50.

accessoire; mais s'il s'agit d'un document qui, quoique se rattachant à la convention, n'en est pas un élément essentiel, il ne doit pas être transcrit. Ce principe se fonde sur le texte et sur l'esprit de la loi. L'article 1er de la loi hypothécaire veut que l'on transcrive en entier les actes translatifs de propriété, donc la convention par laquelle la propriété est transférée; tous les éléments de la convention doivent donc être rendus publics; mais les pièces qui ne sont pas relatives à un élément de la convention ne doivent pas être transcrites. On a objecté contre la transcription l'encombrement qui en résulterait dans les archives de la conservation des hypothèques; c'est une raison décisive pour ne pas transcrire des documents sans lesquels la convention est complète, puisque ce serait surcharger les archives d'écrits inutiles, en ce sens qu'ils se trouvent déposés ailleurs et qu'il est libre aux parties intéressées de consulter le dépôt où ils se trouvent.

Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si le jugement qui ordonne la vente d'immeubles appartenant par indivis à un majeur et à un mineur doit être transcrit avec l'acte d'adjudication. La cour a décidé, comme l'avait fait l'arrêt attaqué, que le jugement qui ordonne la vente ne doit pas être transcrit. C'est une mesure de protection pour le mineur, qui pourra demander la nullité de la vente si les formes protectrices exigées par la loi dans son intérêt n'ont pas été remplies. Mais ce jugement et ces formes sont étrangers à l'acte considéré comme convention translative de propriété; l'acte d'adjudication, abstraction faite du jugement qui a ordonné la vente, présente un tout complet; le conservateur doit donc le transcrire, il n'a pas qualité ni mission de vérifier si les formalités prescrites dans l'intérêt du mineur ont été observées; les parties intéressées qui veulent vérifier ce fait peuvent s'adresser au greffe. Quant au conservateur, il ne doit transcrire que l'acte qui opère la transmission de la propriété; or, le jugement qui ordonne la vente n'opère certes pas la mutation, et il est étranger aux conditions essentielles du contrat; donc il ne doit pas être transcrit. C'est l'acte d'adjudication, dit la cour, qui constitue par lui-même, et indépendamment de tout autre

document, le titre qui constate la transmission de la propriété, et ce titre seul doit être transcrit (1).

140. Faut-il appliquer aux procurations ce que la cour dit des jugements qui ordonnent la vente? Non; l'arrêt que nous venons de rapporter établit, au contraire, une différence entre ces deux faits juridiques; la cour de cassation dit que le jugement qui ordonne la vente d'un bien ne présente pas les caractères d'une procuration donnée au tuteur; c'est dire que la procuration forme un élément essentiel de la convention. La distinction est très-juridique. Quelle est la condition essentielle de toute convention? C'est le consentement; or, quand le consentement est donné par procuration, c'est la procuration qui le constate; la procuration est donc un élément essentiel de l'acte translatif de propriété, car cet acte n'existerait pas sans le consentement. Le texte même de la loi hypothécaire confirme cette interprétation. Quand un acte reçu à l'étranger doit être transcrit en Belgique, l'article 77 veut que le président du tribunal vérifie s'il réunit toutes les conditions nécessaires pour son authenticité d'après les lois du pays où il a été passé. Cette vérification ne se borne pas à l'acte principal, elle s'étend aux procurations qui, dit l'article 77, en sont le *complément*.

Ce motif est décisif et répond aux objections qui ont été faites, car la question est très-controversée. La circulaire ministérielle du 22 mai 1852 la décide en sens contraire, en invoquant un arrêt de la cour de cassation rendu sur les conclusions de Merlin (2). Sans doute, dit Merlin, la transcription serait nulle si la procuration n'existait point, et l'énonciation de la procuration dans le contrat de vente ne suffirait pas pour prouver que la procuration existe. Mais cela ne prouve pas que la procuration doit être transcrite; la loi n'exige que la transcription du contrat. Oui, mais elle veut que le contrat soit transcrit *en entier*; l'article 2181 l'exige, ainsi que l'article 1er de la loi hypothécaire. Or, faut-il demander s'il y a contrat sans consen-

(1) Rejet, 1er mai 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 1, 300).
(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Transcription*, § III. Dans le même sens, Casier, *Etudes*, p. 59, n° 50. Comparez Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 79, n° 157

tement, et s'il y a un *acte* complet constatant la convention, lorsque cet acte ne comprend pas la preuve du consentement? Cela décide la question, car c'est la procuration seule, dans l'espèce, qui contient la preuve du consentement. Elle est donc, comme dit notre loi, le *complément* de l'acte; sans la procuration, l'acte serait incomplet; partant, l'acte n'est transcrit en entier que si la procuration est transcrite en même temps que l'acte (1).

Est-il nécessaire, après cela, de répondre à Troplong, qui dit que ce n'est pas la procuration qui transfère la propriété, que c'est la vente *consentie* en vertu de cette procuration (2)? Nous demanderons par quel acte le consentement donné à la vente est constaté? N'est-ce pas par la procuration? Donc la procuration est un élément essentiel de l'acte qui transfère la propriété. Troplong met sur la même ligne la procuration et les formalités de la délibération du conseil de famille et du jugement qui précèdent la vente des biens d'un mineur. C'est confondre des faits juridiques essentiellement différents. La procuration tient au consentement, dont elle est la constatation, tandis que les formalités que la loi prescrit pour l'aliénation des biens des mineurs n'ont rien de commun avec le consentement, ni avec aucun des éléments essentiels de la convention; ce sont des garanties pour le mineur, dont l'incapable seul peut se prévaloir.

141. Où la transcription doit-elle se faire? La loi hypothécaire (art. 1er) veut que l'acte soit transcrit au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Pourquoi à ce bureau plutôt qu'à tout autre? C'est dans l'intérêt des tiers; il faut qu'ils sachent à quel bureau ils doivent s'adresser pour avoir connaissance des transcriptions qui ont pu être faites, et c'est naturellement au bureau de l'arrondissement où les biens sont situés qu'ils s'adresseront. Si la transcription se faisait dans un autre bureau, elle serait inopérante, car les tiers ne la connaîtraient pas; il s'agit donc d'une formalité essentielle de la publicité; elle n'existe réellement que lors-

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 73, n° 50.
(2) Troplong, *De la transcription*, p. 284, nos 126 et 127.

qu'elle se fait au bureau indiqué par la loi. Il faut toujours excepter la mauvaise foi de ceux qui auraient connaissance de la transcription faite à un autre bureau et qui allégueraient ensuite que la transcription est nulle; la loi protége la bonne foi, elle ne protége pas la mauvaise foi.

Si les biens compris dans l'acte sujet à transcription sont situés dans divers arrondissements, la transcription doit se faire à tous ces bureaux, toujours dans l'intérêt des tiers (1). La prescription de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. Le registre du conservateur doit mentionner toutes les mutations qui se font dans son ressort; il serait incomplet et il induirait les tiers en erreur s'il ne contenait pas la transcription de l'acte qui transfère la propriété d'un immeuble situé dans le ressort du bureau. Qu'importe que cette transcription se trouve ailleurs? Ce n'est pas à ce dernier bureau que les parties intéressées s'adressent; ils seraient donc trompés, et le but de la publicité est précisément d'éviter qu'ils ne soient trompés.

142. La transcription est une copie littérale : de quoi? Le texte de notre loi ne le dit point, mais la question n'est pas douteuse. C'est naturellement la copie de l'acte original; mais il s'agit de savoir si la minute de cet acte doit être présentée au conservateur. La négative résulte de la loi de ventôse sur le notariat (art. 22); elle défend aux notaires de se dessaisir de la minute, ils ne délivrent aux parties qu'une expédition; c'est cette expédition que les parties doivent présenter au conservateur. Une copie sous seing privé ne serait pas admise, car l'acte transcrit doit être authentique; à défaut de la minute, il faut donc une copie authentique. Le code civil (art. 2148) et la loi hypothécaire (art. 83) exigent, pour l'inscription des priviléges et hypothèques, que l'on représente au conservateur l'expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque. Il y a une raison de plus pour l'exiger en matière de transcription, c'est que l'acte doit

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 80, n[os] 55 et 56. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 104, n° 45. Troplong, *De la transcription*, p. 189, n° 133.

être copié en entier, tandis que l'inscription des hypothèques et priviléges se fait sur bordereaux.

Tous les auteurs se plaignent d'une pratique notariale qui est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi. Il y a des notaires, dit-on, qui n'insèrent pas dans leurs expéditions la signature des parties et se contentent de mettre à la fin de la copie ces mots : *Suivent les signatures*. L'illégalité est certaine. C'est l'acte entier qui doit être transcrit; or, il n'y a pas d'acte sans signature. Qu'importe que les noms des parties se trouvent dans le corps de l'acte? la loi veut que l'acte entier soit transcrit, ce qui suffit pour décider la question en droit. Autre est la question de savoir s'il y a nullité; dans notre opinion, la solution dépend de l'intérêt des tiers. C'est sans doute parce que l'absence des signatures sur l'acte transcrit n'est guère préjudiciable aux tiers, que la doctrine et la jurisprudence admettent qu'une expédition faite sans les signatures peut et doit être transcrite (1).

Il y a un cas dans lequel on ne comprendrait pas que les signatures fussent omises, c'est quand l'acte a été reçu à l'étranger ; les signatures doivent, dans ce cas, être légalisées. La cour de Bruxelles a jugé que le conservateur avait le droit et le devoir de refuser la transcription de l'acte non légalisé, ou, ce qui revient au même, légalisé d'une manière informe. Dans l'espèce, on avait présenté au conservateur un acte passé en France et portant, pour toute légalisation, celle du président du tribunal; encore celle-ci était-elle informe, car elle portait : *Pour le président empêché* (signé) *Prosper*. Qui était ce Prosper? On ne le savait point. L'acte ainsi légalisé n'avait aucune valeur en Belgique, donc il ne pouvait être admis à la transcription. Le tribunal, dont la cour adopta les motifs, dit très-bien que si les conservateurs des hypothèques ne sont pas juges de la validité des actes présentés à la transcription, il est du moins de leur devoir, et il entre certainement dans leurs attributions de les apprécier sous le rapport de leur

(1) Voyez les autorités dans Martou, *Commentaire*, t. I, p. 72, note 47. Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 62, n° 127. Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 574, n° 795.

caractère extérieur et des formalités à l'accomplissement desquelles leur existence matérielle est attachée. Le demandeur objectait l'article 130, aux termes duquel les conservateurs ne peuvent refuser la transcription dans aucun cas. La cour répond que cette disposition ne peut s'entendre que du refus de transcrire les actes qui, d'après la loi, peuvent seuls être admis à la transcription. Donner une autre interprétation à la loi, ce serait exposer les conservateurs à transcrire des actes informes et défectueux, des actes n'ayant aucune existence légale, comme, dans l'espèce, des actes non signés, ou, ce qui revient au même, des actes dont les signatures ne sont pas légalisées (1).

143. La transcription se fait sur un registre à ce destiné (art. 1er de la loi hypothécaire); c'est le registre aux transcriptions que les conservateurs doivent tenir conformément à la loi (art. 124). Nous reviendrons, au chapitre IX de la loi hypothécaire, sur les registres que les conservateurs doivent tenir, ainsi que sur les formalités que la loi prescrit afin d'en assurer la tenue fidèle.

Régulièrement la transcription devrait se faire au fur et à mesure que les actes sont remis au conservateur, et en présence des parties qui les présentent; mais le plus souvent cela est impossible, à raison du grand nombre de formalités que les conservateurs ont à remplir journellement; ils n'ont pas seulement à transcrire les actes de mutation immobilière, ils inscrivent aussi les priviléges et hypothèques, ainsi que les procès-verbaux de saisies immobilières. Puis viennent les états de transcriptions ou d'inscriptions que les tiers leur demandent, et qui exigent un temps considérable et des soins minutieux. Enfin les subrogations, les cessions, les demandes en nullité ou en révocation, les jugements rendus sur ces demandes doivent être inscrits par les conservateurs. Cette multitude d'occupations de tous les instants rend souvent impossible la transcription immédiate des actes de mutation. Cependant les parties qui la réclament ont intérêt à ce qu'elle se fasse de suite, puisque l'acte n'a d'effet à l'égard des tiers qu'à par-

(1) Bruxelles, 22 octobre 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 41).

tir du moment où il a été transcrit. Comment concilier cet intérêt avec les besoins du service? La loi prescrit, à cet effet, la tenue d'un registre des dépôts (art. 124), dans lequel les conservateurs doivent inscrire, jour par jour et par ordre numérique, les remises qui leur sont faites d'actes de mutation pour être transcrits, ou de bordereaux pour être inscrits. Ils donnent à ceux qui requièrent la transcription ou l'inscription une reconnaissance qui rappelle le numéro du registre sur lequel la remise a été inscrite; et ils ne peuvent transcrire les actes de mutation ni inscrire les bordereaux qu'à la date et dans l'ordre des remises qui leur ont été faites et telles que le registre des dépôts les constate (1).

144. Il se peut donc qu'il y ait entre le dépôt et la transcription un intervalle d'un ou de plusieurs jours. Quelle sera la vraie date de la transcription? Ce sera celle du jour où le dépôt a été constaté sur le registre à ce destiné. C'est ce qui a fait dire à un tribunal que la transcription est réputée formalisée dès que les pièces à transcrire ont été inscrites sur le registre des dépôts. Le tribunal a mal exprimé sa pensée. Il n'y a pas de présomption de transcription, car la transcription est un fait qui doit nécessairement être accompli; mais quand la transcription est opérée, elle a pour date le jour où le dépôt des titres a été constaté sur le registre à ce destiné; si le conservateur, par erreur ou par fraude, transcrivait l'acte dans un ordre différent, la véritable date serait déterminée par le registre des dépôts; par contre, si la transcription n'était pas faite, il est certain que la mention du registre des dépôts ne suffirait point; cette mention ne fait rien connaître aux tiers, car c'est le registre aux transcriptions qu'ils consultent; seulement ce registre sera, au besoin, contrôlé par celui des dépôts (2).

145. Le registre des transcriptions est public, de même que tous les registres dont la loi prescrit la tenue pour porter à la connaissance des tiers les faits juridiques qui y

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 425, n° 206, et p. 449, n°s 230 et 231.
(2) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 453, n°s 235-238.

sont relatés. En quoi consiste la publicité? L'article 127 porte : « Les conservateurs des hypothèques sont tenus de délivrer des certificats constatant les *mutations* et *concessions de droits réels*, ainsi que les *baux* consentis par tous *individus* indiqués dans les réquisitions écrites qui leur sont faites à cette fin. Ils sont également tenus de délivrer à tout requérant *copie* des *inscriptions* ou *transcriptions* existantes, ou des certificats constatant qu'il n'en existe point ».

L'article 130 contient la sanction de ces dispositions : « Dans aucun cas, les conservateurs ne peuvent refuser ni retarder la délivrance des certificats, sous peine des dommages-intérêts des parties ; à l'effet dequoi, procès-verbaux des refus ou retards seront, à la diligence des requérants, dressés sur-le-champ, soit par un juge de paix, soit par un huissier ou un notaire. »

146. On voit par l'article 127 (code civil, art. 2196) en quoi consiste la publicité des registres. Ce sont les *individus* qui figurent sur les registres, ce ne sont pas les *biens*, c'est-à-dire que les registres mentionnent les *personnes* qui vendent ou achètent, qui partagent, ou contractent des baux, ils ne décrivent pas les biens vendus, partagés ou loués ; les biens sont sans doute indiqués dans les actes de vente, de partage ou de bail, mais ils n'y sont pas décrits, comme ils le sont dans l'atlas cadastral ; aussi le conservateur n'a-t-il pas de table alphabétique des divers biens situés dans le ressort de leurs bureaux, et on ne peut pas leur demander un certificat des mutations ni des concessions de droits réels, en indiquant les biens aliénés ou grevés ; le conservateur a un répertoire où se trouvent mentionnés, sous le nom de chaque propriétaire, les actes qui concernent ses biens ; c'est donc le nom des propriétaires que l'on doit indiquer au conservateur quand on demande un certificat des transcriptions ou des inscriptions relatives à leurs biens immobiliers. On avait proposé, en France et en Belgique, de rattacher le cadastre aux conservations hypothécaires, de manière que les immeubles auraient formé la base de la publicité ; cette proposition n'a pas été admise, à raison de l'imperfection de l'atlas cadastral ; un système de publicité

inexact serait un danger pour les tiers, au lieu d'être une garantie (1).

147. Quand la transcription peut-elle et quand doit-elle être faite? La loi n'ordonne pas aux parties intéressées de transcrire; elle se borne à refuser tout effet, à l'égard des tiers, aux actes translatifs et déclaratifs de droits réels immobiliers et aux baux, tant qu'ils ne sont pas rendus publics. Il suit de là qu'il n'y a pas de délai fixe dans lequel la transcription doive se faire; seulement les parties contractantes ont intérêt à transcrire le plus tôt possible, car le moindre retard peut leur devenir préjudiciable. Si j'achète un immeuble aujourd'hui, et si je ne transcris pas immédiatement, mon vendeur peut vendre le même fonds à un second acquéreur, lequel sera propriétaire à mon égard s'il transcrit son acte. J'ai donc intérêt à transcrire de suite, en stipulant que le prix ne sera payé que dans un délai déterminé, suffisant pour opérer la transcription, et à condition qu'à ce moment il n'y ait pas de mutation antérieure à la mienne qui soit transcrite, condition qui résulte de la garantie que le vendeur me doit.

Il n'y a pas non plus de délai fixé pour la transcription, en ce sens que, faite dans ce délai, elle rétroagirait au jour de l'acte (2). La rétroactivité est inadmissible en matière de publicité, car elle a été introduite pour donner de la certitude et de la stabilité aux transactions immobilières; ce qui implique que les actes ne peuvent avoir d'effet à l'égard des tiers qu'à partir du jour où ils ont été transcrits; si la loi fixait un délai dans lequel la transcription pourrait se faire avec cet effet qu'elle rétroagirait au jour de l'acte, il y aurait incertitude, pendant le cours du délai, sur l'effet de l'acte à l'égard des tiers; ce qui est contraire à l'essence de la publicité (3).

La transcription peut donc toujours être faite, mais elle ne peut l'être utilement que si, au moment où elle s'opère, il n'y a point d'acte transcrit qui ait effet à l'égard des

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 429, nº 210. Comparez Rapport de la commission spéciale (Parent p 16).
(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 19 et 20).
(3) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 430, nº 212.

tiers. S'il y a un acte transcrit, bien qu'il soit postérieur à la première acquisition, il l'emportera à l'égard des tiers. C'est la conséquence du nouveau principe, elle n'est pas douteuse; nous y reviendrons en traitant des effets de la transcription.

148. La transcription peut-elle encore être faite après l'ouverture de la faillite du vendeur ou du donateur? Cette question s'est présentée, sous l'empire du code civil, pour la transcription des donations. La cour de cassation s'est prononcée pour la validité de la transcription quand elle est faite avant le jugement qui déclare la faillite, quoique postérieurement au jour auquel le tribunal a fait remonter la cessation de payements. Cette distinction est très-juridique, elle résulte d'ailleurs du texte de la loi sur les faillites. La loi ne veut pas que le débiteur puisse faire des actes translatifs de propriété à partir de l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque; la loi déclare ces actes nuls et sans effet (code de com., article 445). Nous supposons, au contraire, que l'acte a été fait avant les dix jours; par conséquent, à une époque où le débiteur avait la libre disposition de ses biens. L'acte est donc valable, seulement il doit être transcrit pour que l'acquéreur puisse l'opposer aux tiers; et il peut toujours transcrire, tant que les tiers n'ont pas acquis un droit sur la chose. La difficulté se réduit donc à savoir à partir de quel moment la masse acquiert un droit sur les biens du failli; or, il résulte de l'article 447 que, jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite, la masse n'a aucun droit sur ces biens, puisque les priviléges et hypothèques acquis peuvent être inscrits jusqu'à ce jour. Par identité de motifs, les actes translatifs de propriété passés antérieurement aux dix jours qui ont précédé la cessation de payements peuvent être transcrits jusqu'au jour où la faillite est déclarée (1).

Toutefois la nouvelle loi sur les faillites dispose que les

(1) Rejet, 21 mai 1848 (Dalloz, 1848, 1, 172). Comparez les arrêts rapportés par Dalloz, *Répertoire*, au mot *Dispositions*, nº 1556. Troplong, *De la transcription*, p. 346, nºs 148 et suiv. En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 312, note 93, § 209.

inscriptions prises dans les dix jours qui ont précédé l'époque de la cessation de payements ou postérieurement, *pourront* être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilége et celle de l'inscription. C'est une dérogation au droit commun et, comme telle, on ne peut l'étendre aux transcriptions. Celles-ci restent donc sous l'empire des principes généraux. Or, le donataire a le droit de transcrire, et il transcrit utilement, tant qu'un tiers n'a pas acquis un droit sur la chose; ce qui est décisif.

149. On a encore demandé, sous l'empire du code civil, si la transcription pouvait se faire après la mort du donateur. L'affirmative n'était guère douteuse; la donation est parfaite par le concours de consentement donné dans les formes prescrites par la loi; la transcription n'a rien de commun avec ces conditions, elle rend seulement la donation publique à l'égard des tiers; or, cette publicité peut toujours avoir lieu, puisque la loi ne fixe aucun délai. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens (1).

§ III. *Qui peut et qui doit transcrire.*

150. Quand il s'agit d'hypothèques et de priviléges, la loi détermine les personnes qui peuvent ou qui doivent requérir l'inscription. La loi hypothécaire garde le silence en ce qui concerne la transcription. Le code civil, qui prescrivait la transcription des donations immobilières, contient une disposition spéciale relative aux donations faites à des incapables ou à des établissements publics. L'article 940 est-il abrogé par la loi nouvelle? Nous avons dit que la loi hypothécaire abroge les articles 939 et suivants, en tant qu'ils sont en opposition avec le droit commun établi par la loi nouvelle; or, la loi de 1851 ne parle pas des personnes chargées de faire la transcription, et l'article 940 ne fait qu'appliquer un principe général de droit concernant les obligations des administrateurs légaux. Il en est de même de

(1) Voyez les autorités dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1555.

l'article 1069, qui a pour objet la publicité que doivent recevoir les substitutions fidéicommissaires permises. La question que nous avons posée doit donc se décider d'après le droit commun, confirmé par les articles 940 et 1069.

151. Qui peut transcrire? Quand il s'agit de l'inscription hypothécaire, la loi dit que le *créancier* représente, soit par lui-même, soit par un tiers, l'expédition authentique de l'acte d'où naît le privilége ou l'hypothèque, ainsi que les bordereaux sur lesquels le conservateur fait l'inscription. C'est donc la partie intéressée qui doit requérir la publicité. En est-il de même en matière de transcription? Il est assez oiseux de poser la question; des tiers non intéressés ne se présentent guère pour remplir une formalité qui les soumet au payement d'un droit. C'est donc régulièrement l'acquéreur qui requerra la transcription. Toutefois un tiers peut le faire pour lui, sans que le conservateur puisse refuser de transcrire, sous le prétexte que le requérant est sans qualité; dès qu'il y a un acte qui, d'après la loi, doit être transcrit et qu'on le présente au conservateur, celui-ci doit opérer la transcription, car il n'y a pas de qualité légale pour le faire, la loi gardant le silence à cet égard. Après tout, le requérant pourrait dire qu'il agit comme gérant d'affaires; c'est une qualité légale pour assurer les droits du maître, puisque la transcription est un acte essentiellement utile au propriétaire (1).

152. Les incapables peuvent requérir la transcription. Il est de principe que les incapables peuvent faire les actes conservatoires qui les intéressent, ces actes ne pouvant que leur être avantageux. La loi hypothécaire le dit de la femme mariée, en lui permettant de demander l'inscription de son hypothèque légale (art. 64); et le code civil le dit de la transcription des donations, à laquelle la femme peut aussi procéder sans autorisation (art. 940). Il va de soi que ce que la loi dit de la femme s'applique à tous les incapables (2).

153. La faculté, que la loi donne aux incapables, de

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 461, n° 243.
(2) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 81, n° 60. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 462, n° 245.

requérir la transcription ne leur profite guère, puisqu'ils ignorent le plus souvent ce que c'est que la transcription. Qui la fera pour eux? La question est surtout importante pour les donations faites à des incapables; mais, en principe, la solution doit être la même pour les actes à titre onéreux. Le code a décidé la difficulté; l'article 940, relatif aux donations entre-vifs, porte : « Cette transcription sera faite à la diligence du mari lorsque les biens auront été donnés à sa femme. Lorsque la donation sera faite à des mineurs, à des interdits, ou à des établissements publics, la transcription sera faite à la diligence des tuteurs, curateurs ou administrateurs. » Quand il s'agit d'une substitution fidéicommissaire, la loi charge le tuteur nommé pour l'exécution de rendre publiques les dispositions entre-vifs ou testamentaires faites à charge de restitution (article 1069). On peut donc poser en principe que les représentants des incapables sont chargés du soin de requérir la transcription. La raison en est que les administrateurs légaux ont mission de conserver les droits de ceux dont ils gèrent les biens; or, la transcription est une mesure essentiellement conservatoire. « *Tout administrateur*, dit Ricard, doit veiller à la conservation des actions de celui qu'il a sous sa conduite. C'est ainsi que le mari, étant le maître de la communauté et ayant l'administration de tout ce qui appartient à sa femme, est tenu de prendre soin de ses affaires; il doit y veiller, puisqu'il en a l'intendance (1) ». Les articles 940 et 1069 appliquent ce principe au tuteur des mineurs et au tuteur spécial des appelés en cas de substitution, ainsi qu'aux administrateurs des établissements publics. C'est par erreur que l'article 940 parle des curateurs, ce qui, d'après l'ensemble du texte, se rapporterait aux interdits; il en était ainsi dans l'ancien droit, où les interdits avaient un curateur, et l'on voit par l'Exposé des motifs que l'orateur du gouvernement supposait qu'il en était de même sous l'empire du code civil (2). Dans notre droit moderne, les interdits ont un tuteur et les mineurs

(1) Ricard, *Des donations*, t. I, n° 1240.
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs du titre des *Donations*, n° 43 (Locré, t. V, p. 327).

émancipés ont un curateur; mais celui-ci, à la différence du tuteur, n'administre point, de sorte qu'il ne peut pas être tenu de transcrire à titre d'administrateur. A plus forte raison en est-il ainsi des conseils des prodigues et des faibles d'esprit; ils ne font que prêter leur assistance dans les cas déterminés par la loi (art. 499 et 513).

Ainsi tout mandataire légal doit faire transcrire les donations qui seraient faites à ceux dont il gère les intérêts. Peut-on étendre cette obligation aux actes à titre onéreux qui doivent être transcrits? L'affirmative n'est point douteuse, car l'obligation de conserver les droits des incapables découle de la mission dont les administrateurs légaux sont investis; on doit la leur imposer, même dans le silence de la loi. Les articles 940 et 1069 peuvent être invoqués à titre d'analogie (1).

154. Dans l'application du principe, il se présente quelques difficultés en ce qui concerne le mari. Il intervient dans les actes faits par sa femme, en l'autorisant. S'il refuse son autorisation, et qu'elle soit accordée par le juge, sera-t-il tenu de transcrire? A notre avis, l'affirmative est certaine; le mari doit transcrire, non parce qu'il autorise, mais parce qu'il est administrateur; or, il ne cesse pas d'être administrateur quand il refuse son autorisation. Vainement dit-on que, dans ce cas, il désapprouve l'acte comme étant nuisible à la femme et à la famille; nous répondons que la justice, en autorisant la femme, décide par cela même que le refus du mari n'était pas fondé; il y a donc un droit légitime à conserver; partant, le mari doit transcrire (2).

Il y a des régimes sous lesquels le mari n'est pas administrateur; il ne l'est point quand les époux sont séparés de biens, et il ne l'est pas, sous le régime dotal, des biens paraphernaux. Est-il néanmoins obligé de transcrire? On l'a soutenu pour les donations, en se fondant sur les termes absolus de l'article 940; mais la distinction résulte, dans ce cas, du principe même sur lequel est fondée l'obligation.

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 81, n° 59.
(2) Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 469, n° 251.

C'est, comme le dit Ricard, à raison de sa qualité d'administrateur que le mari doit transcrire; le motif cessant quand il n'administre point, l'obligation doit aussi cesser. S'il fallait s'en tenir à la lettre de l'article 940, il faudrait dire que c'est une disposition exceptionnelle et, partant, abrogée, puisque les donations sont régies par le droit commun en ce qui concerne la transcription; il est certain qu'on ne pourrait pas l'appliquer aux actes à titre onéreux, et par cela même elle cesserait d'être applicable aux donations (n° 152). La tradition est en ce sens : « La femme séparée, dit Ricard, doit conduire elle-même ses propres affaires, puisqu'elle a voulu en avoir la direction (1). »

155. La question de savoir qui est administrateur, et qui doit transcrire à ce titre, est très-importante, à raison des conséquences qui en résultent. Nous allons d'abord exposer les principes que le code consacre en matière de donations, puis nous verrons s'ils sont applicables aux actes à titre onéreux.

On suppose que la donation faite à un incapable n'a pas été transcrite, et que, par suite, les droits des incapables périssent : peuvent-ils se prévaloir de leur incapacité pour soutenir que le défaut de transcription ne peut leur être opposé? Le code décide la question négativement. Aux termes de l'article 942, les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne seront point restitués contre le défaut de transcription des donations; et l'article 1070 porte que le défaut de transcription des substitutions fidéicommissaires peut être opposé par les créanciers et tiers acquéreurs, même aux mineurs ou interdits (2). Cela se comprend; l'intérêt des tiers est un intérêt général, qui doit l'emporter sur l'intérêt des incapables. En faut-il conclure que ce principe doit être appliqué aux actes à titre onéreux? C'est notre avis; il y a cependant un motif de douter, c'est que la loi ne subordonne pas toujours l'intérêt des incapables

(1) Ricard, *Des donations*, t. II, n° 1243. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 468, n° 250.

(2) Il a été jugé que le défaut de transcription peut être opposé aux mineurs, alors même qu'il n'a pas été nommé de tuteur à la substitution (*Pasicrisie*, 1824, p. 144).

à l'intérêt public; ainsi la prescription ne court pas contre les mineurs et interdits, tandis qu'elle court contre les femmes mariées. On pourrait donc dire que les articles 942 et 1070 sont des dispositions exceptionnelles et, partant, de stricte interprétation. Mais la question a encore une autre face; il s'agit de savoir dans quel cas les actes faits par les administrateurs légaux sont valables, sans que les incapables puissent réclamer pour cause de lésion. Or, il est de principe que les mineurs et, par conséquent, les autres incapables, ne sont pas restituables contre les actes d'administration du tuteur, sauf à eux à agir en responsabilité quand ils sont lésés. Or, transcrire est un acte d'administration; il est vrai que le tuteur doit transcrire, mais cela ne change pas la nature de l'acte; il peut trouver la transcription inutile, comme font bien des acquéreurs; c'est mal administrer, mais c'est précisément dans le cas de mauvaise administration que naît la question de savoir si le mineur peut être restitué. Les articles 942 et 1070 ne sont donc que l'application des principes généraux de droit; ce qui est décisif.

L'article 942 ajoute : « Sauf leur recours contre leurs tuteurs ou maris, *s'il y échet,* et sans que la restitution puisse avoir lieu, dans le cas même où lesdits tuteurs et maris se trouveraient insolvables. » L'article 1070 contient une disposition identique en matière de substitution : « Sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolvables. » Ces articles sont encore l'application du droit commun. « Le tuteur, dit l'article 450, administrera les biens du mineur en bon père de famille, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. » C'est dire que le mineur n'est pas restituable contre la mauvaise administration du tuteur, sauf à lui à agir contre son tuteur pour obtenir la réparation du dommage qu'il a éprouvé. Cette action est garantie par une hypothèque légale; si la garantie est insuffisante, la perte retombe sur l'incapable.

Le recours en garantie appartient à tous les incapables;

l'article 942 cite, outre les mineurs, la femme, mais il y ajoute : *s'il y échet*. Cette restriction est aussi de droit commun. La garantie, comme toute responsabilité, suppose une faute. Si le mandataire légal n'était pas en faute, il ne serait pas tenu. Le cas s'est présenté pour la femme. Son mari lui avait fait donation de l'usufruit d'un immeuble ; il ne fit pas transcrire l'acte ; la femme exerça son recours. Il a été jugé que la femme pouvant, aux termes de l'article 940, requérir la transcription sans autorisation maritale, était elle-même en faute, puisqu'elle ne constatait pas qu'elle eût été dans l'impossibilité de faire cet acte conservatoire (1). Cette décision n'est-elle pas trop absolue? La loi oblige le mari à faire transcrire ; il est donc en faute et, partant, responsable, par cela seul qu'il ne requiert pas la transcription ; tandis que la femme est seulement autorisée à transcrire ; de ce qu'elle n'use pas de cette faculté, on ne peut pas conclure que le mari n'est pas en faute.

Ces principes s'appliquent-ils aux actes à titre onéreux? Ce que nous venons de dire répond à la question. La loi ne fait qu'appliquer les principes généraux ; elle est donc générale de sa nature. On aurait dû décider la question en ce sens, même dans le silence de la loi ; donc il n'y a aucune distinction à faire entre les donations et les actes à titre onéreux.

156. Les parties dont les droits périssent à défaut de transcription s'en prennent souvent au notaire, et intentent contre lui une action en dommages-intérêts. Ces recours ont rarement réussi. Il est certain que les notaires, en vertu de leurs fonctions, ne sont pas chargés de transcrire (2) ; ce qui le prouve à l'évidence, c'est que la transcription n'est pas une obligation pour les parties ; comment serait-elle une obligation pour les notaires? Sans doute les notaires sont les conseils des parties, surtout quand il s'agit d'une loi nouvelle qui n'est pas encore entrée dans les mœurs ; leur devoir est d'éclairer les parties contractantes, de leur

(1) Bruxelles, 4 février 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 48). Comparez Martou, t. I, p 286, n° 284.

(2) Troplong, *De la transcription*, p. 292, n° 138 Comparez mon t. XXVII, n° 385 et t. XIX, n° 413.

faire connaître les dangers qui les attendent s'ils ne remplissent pas la formalité que la loi prescrit pour que l'acquéreur devienne propriétaire à l'égard des tiers. Mais autre chose est le devoir moral du conseil, autre est l'obligation légale de faire ce que l'on conseille et la responsabilité qui y est attachée. Comment veut-on que le notaire soit responsable pour n'avoir pas transcrit, alors que les parties sont libres de ne pas transcrire? C'est à elles de décider s'il y aura transcription ou non, c'est donc à elles d'y procéder; et si elles veulent que le notaire le fasse, elles doivent lui donner mandat à cet effet (1).

La grande difficulté, en cette matière, est de savoir quand il y a mandat. Le mandat peut être tacite; et on admet assez facilement un mandat tacite donné au notaire lorsque les parties, ignorantes et incapables de sauvegarder leurs intérêts, s'en rapportent à l'officier public pour les mesures de prudence et pour les formalités qui doivent assurer leurs droits. Nous avons traité ces difficiles questions au titre du *Mandat* (t. XXVII, nos 361-376). Les auteurs qui s'occupent spécialement du régime hypothécaire sont portés à imposer au notaire l'obligation positive d'éclairer les parties sur la nécessité de transcrire; ce qui conduit à rendre le notaire responsable s'il n'a pas rempli ce devoir (2). Peut-être le législateur aurait-il dû faire de ce devoir une obligation légale, mais il ne l'a pas fait. On reste donc sous l'empire des principes généraux concernant le mandat; dans le silence de la loi, le notaire n'est point responsable en cette qualité, il ne l'est que comme mandataire, et c'est à la partie qui invoque le mandat de le prouver.

SECTION IV. — Effet de la transcription.

§ Ier. *Principe.*

157. La loi hypothécaire (art. 1er) porte que tous actes entre-vifs, à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers seront transcrits, et que

(1) Rejet, 14 février 1855 (Dalloz, 1855, 1, 70).
(2) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 81, no 61.

jusque-là ils ne pourront être opposés aux *tiers*. Il en est de même des baux excédant neuf années ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer. La transcription n'est donc requise que dans l'intérêt des tiers, elle n'est pas prescrite entre les parties contractantes comme condition de la translation de la propriété ou de la validité du bail. Il faut, par conséquent, distinguer la translation de la propriété entre les parties et la translation de la propriété à l'égard des tiers. La loi hypothécaire ne s'occupe pas de la translation de la propriété entre les parties; par cela seul qu'elle ne déroge pas au code civil, elle le maintient. On sait quel est le système du code, nous l'avons exposé au titre des *Obligations*. La propriété se transmet par le seul effet du contrat, sans tradition, sans formalité aucune. Dès qu'il y a concours de consentement sur la chose et le prix, l'acheteur devient propriétaire et le vendeur cesse de l'être. Dans la théorie du code, ce principe s'appliquait aussi aux tiers; l'acheteur était propriétaire à l'égard de tous dès que la vente était parfaite. Il n'en est plus de même depuis la publication de la loi hypothécaire. Nous avons deux lois établissant des principes différents. Entre les parties, la propriété est transmise, en vertu du code civil, par le contrat. Mais, propriétaire à l'égard du vendeur, l'acheteur ne l'est pas à l'égard des tiers, il ne le devient qu'en transcrivant l'acte de vente; jusque-là il ne peut pas opposer son droit aux tiers; c'est dire qu'à leur égard il n'est pas propriétaire, c'est le vendeur qui continue à être propriétaire à l'égard des tiers. Telle est la conséquence du principe de publicité établi par la loi hypothécaire. L'acte de vente doit être rendu public dans l'intérêt des tiers; s'il n'est pas transcrit, l'acheteur ne peut pas opposer son droit aux tiers. Cette publicité est étrangère aux parties contractantes qui connaissent nécessairement l'acte où elles figurent. La vente existe donc entre le vendeur et l'acheteur, quoiqu'elle ne soit pas transcrite, et elle produit tous les effets que la loi attache aux contrats translatifs de propriété; l'acheteur est propriétaire à l'égard du vendeur; s'il est évincé par un tiers à qui il ne peut opposer son droit de propriété, il aura un recours en garantie contre le vendeur; si les tiers n'ont

aucun droit sur la chose, antérieur au sien, sa propriété sera aussi stable que s'il avait transcrit son acte d'acquisition. La transcription n'a d'intérêt que lorsqu'il y a des tiers en cause (1).

Cela explique la négligence que bien des acquéreurs mettent à transcrire, ils se croient propriétaires, et ils le sont réellement; il est vrai que, d'après la loi, ils ne peuvent opposer leur propriété aux tiers; mais cela suppose une fraude dont le vendeur est complice, et la fraude est toujours une exception. Ajoutons, à l'honneur de nos populations, qu'en Belgique c'est une rare exception. On l'a dit, lors de la discussion de la loi hypothécaire, dans la chambre des représentants (2); la clandestinité du code, quelque vicieux que fût ce système, n'avait pas produit dans nos provinces les graves inconvénients qui y sont attachés : l'honnêteté publique tenait lieu de garantie légale. Ce n'est pas à dire que les acquéreurs doivent se reposer sur cette garantie morale, en négligeant de transcrire leur contrat; ils pourraient être évincés sans qu'il y eût fraude de la part du vendeur. Des actes clandestins peuvent avoir été faits par d'anciens propriétaires; il peut y avoir un vendeur non payé ayant le droit d'agir en résolution, et la résolution entraînera l'éviction du dernier acquéreur. La prudence commande donc que tout acquéreur transcrive.

158. Si le système du code est vicieux, le système de publicité, tel qu'il est organisé par la loi nouvelle, a quelque chose d'illogique et d'incohérent. Logiquement le droit de propriété ne se scinde pas; c'est un droit dans la chose, le plus absolu de tous les droits réels. Conçoit-on que je sois maître de la chose à l'égard du vendeur seulement et que je ne le sois pas à l'égard des tiers? Puis-je être tout ensemble propriétaire et non-propriétaire? Cependant je le suis à l'égard de mon vendeur et, partant, à l'égard de ses successeurs universels. Ce principe avait été contesté, sous l'empire du code civil, en ce qui concerne les donations; on prétendait que la transcription remplaçait l'insinuation,

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 83, n°s 62 et 63 Troplong. *De la transcription*, p. 161, n° 2, et p. 216, n° 48.
(2) De Theux, dans la séance du 30 janvier 1851 (Parent, p. 201).

qu'elle était, par conséquent, requise pour la validité de la donation; c'était une erreur évidente que la cour de cassation a repoussée dès qu'on l'a produite devant elle (1). Sous l'empire de notre nouvelle législation, il n'y a plus de doute possible; le texte même porte que la transcription ne concerne que les tiers, elle est étrangère aux parties. C'est en cela que consiste l'anomalie que nous venons de signaler. Je suis propriétaire à l'égard du vendeur, je ne le suis pas à l'égard des tiers. De son côté, le vendeur a cessé d'être propriétaire à mon égard, il ne peut plus disposer de la chose; et il est toujours propriétaire à l'égard des tiers tant que la transcription n'a pas été faite; il peut donc l'aliéner, l'hypothéquer, la grever de droits réels, et ces actes seront valables; ils pourront m'être opposés si les tiers ont rempli les formalités prescrites par la loi.

N'eût-il pas été plus logique de faire de la transcription une condition nécessaire pour la translation de la propriété? C'est le système allemand que l'on avait proposé d'introduire en Belgique ainsi qu'en France. Ces projets n'ont pas trouvé faveur (2). En Belgique, la transcription est une tradition nationale, et, d'après ce que nous venons de dire, les fraudes qu'elle a pour objet de prévenir sont une rare exception. Il eût été contraire à la volonté des parties contractantes de subordonner la transmission de la propriété à l'accomplissement d'une formalité qui ne concerne pas les parties; cela aussi eût été illogique et en opposition avec l'intérêt des parties contractantes et avec la réalité des choses. La contradiction que nous signalons n'existe qu'en théorie; en fait, le contrat transporte la propriété; l'acquéreur n'est évincé que dans les cas très-rares où il y a fraude; et, pour ces cas très-rares, il eût été peu logique d'exiger comme condition générale de la translation de la propriété une condition qui n'a d'utilité que dans des cas exceptionnels.

159. Nous disons que, sous l'empire de la loi nouvelle, le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers tant que la transcription n'a pas été faite; d'où suit que la vente non

(1) Rejet, 12 décembre 1810, sur les conclusions de Merlin (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1575).
(2) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 106, n° 83.

transcrite n'existe pas à l'égard des tiers. Ce n'est pas dans ces termes que l'article 1er de la loi hypothécaire formule le principe de publicité; il se borne à dire que l'acte non transcrit ne pourra être opposé aux tiers qui auront contracté sans fraude. Le principe paraît conçu dans des termes restrictifs et ne s'appliquer qu'au cas où, après avoir vendu un immeuble, le vendeur aliène de nouveau le même immeuble ou le grève d'un droit réel. C'est le cas usuel que l'on cite d'ordinaire pour justifier le principe de publicité, mais ce n'est pas le seul cas auquel le principe s'applique, comme nous allons le dire. Reste à savoir si nous avons raison de formuler le principe nouveau dans des termes plus larges que ceux de la loi.

Le principe même de la publicité conduit à la conséquence telle que nous l'avons énoncée. Pourquoi la loi soumet-elle à la transcription les actes translatifs de droits réels immobiliers? Parce que l'intérêt des tiers, qui est aussi l'intérêt de la société, exige que la situation immobilière des propriétaires soit exactement connue, afin que l'on puisse s'assurer que le possesseur d'un immeuble en est le propriétaire. Si l'acte qui aurait dû être transcrit ne l'a pas été, quelle en doit être la conséquence? C'est que cet acte doit être considéré comme n'ayant aucune existence à l'égard de ceux qui n'ont pas pu le connaître; c'est dire qu'il n'y a pas eu de transmission de propriété, à l'égard des tiers, en vertu d'un contrat qui n'a point d'existence.

La loi hypothécaire consacre-t-elle ce principe? C'est ce que va nous dire le ministre de la justice, qui a ouvert la discussion par un exposé des innovations que le projet de loi apportait au code civil. « Aujourd'hui, dit-il, la règle est, quant à la transmission des droits immobiliers, que la propriété se transfère par le simple consentement. Le projet s'écarte complétement de ce principe. *A l'égard des tiers, la vente ne sera plus parfaite par la seule volonté des parties, elle ne le sera que par la transcription. Le propriétaire restera propriétaire à leur égard tant que cette formalité n'aura pas été remplie* (1). » Voilà le prin-

(1) Tesch, Discours dans la séance du 30 janvier 1851 (Parent, p. 199 et 200).

cipe absolu, tel que nous l'avons formulé. Le ministre l'a énoncé comme une vérité certaine et comme formant la base du nouveau régime hypothécaire. Si la loi ne l'exprime pas dans les mêmes termes, elle aboutit néanmoins à la même conséquence. Je vends aujourd'hui un immeuble à Pierre, qui ne transcrit point. Demain je vends le même immeuble à Paul, lequel transcrit. Paul sera propriétaire. Pourquoi l'est-il, bien que j'eusse déjà aliéné la chose à Pierre? Pour que Paul, second acquéreur, devienne propriétaire, il faut que moi, vendeur, je l'aie encore été lors de la vente, puisque l'acheteur ne peut pas devenir propriétaire quand son vendeur ne l'était point. Je suis donc resté propriétaire de l'immeuble, malgré la vente que j'en ai faite; partant, cette vente n'existe pas à l'égard des tiers, et elle n'existe pas à leur égard parce qu'elle n'a pas été rendue publique. Tel est le cas prévu par le texte de l'article 1er; la loi consacre donc implicitement le principe tel qu'il a été formulé par le ministre de la justice et tel qu'il résulte du système de publicité qu'elle consacre.

Voici une autre application du principe. Je vends un immeuble à Pierre, qui ne transcrit point; il le donne en hypothèque à Paul, qui prend inscription. Paul pourra-t-il m'opposer son droit d'hypothèque, ou puis-je me prévaloir contre lui de mon droit de propriété? Paul est un tiers à mon égard; donc je suis propriétaire à l'égard de Paul, et on ne peut certes pas opposer au propriétaire une hypothèque consentie pendant qu'il était encore propriétaire. Ce cas ne rentre pas dans le texte de l'article 1er, car Paul n'a pas contracté avec moi; mais le principe, tel que l'a formulé le ministre de la justice, reçoit son application. La vente que j'ai faite à Pierre n'existe pas à l'égard de Paul; je suis propriétaire à son égard, il ne peut donc m'opposer une hypothèque que je n'ai point consentie.

160. Le nouveau principe s'applique aussi aux partages. En effet, la loi place sur la même ligne les actes déclaratifs et les actes translatifs de droits réels immobiliers, et, après avoir dit que *tous ces actes* doivent être transcrits, elle ajoute : « Jusque-là ils ne pourront être opposés aux tiers ». Le principe est donc identique pour les

partages et pour les ventes; il faut, par conséquent, l'entendre dans le même sens. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point. On lit dans le rapport de la commission du sénat : « Si l'acte de partage n'est pas transcrit, *il est, relativement aux tiers, comme s'il n'existait point* (1). » La loi a-t-elle eu raison d'assimiler le partage aux actes translatifs de propriété? On peut en douter, comme nous le dirons en traitant de la publicité des priviléges.

161. Le principe que l'acte non transcrit n'existe pas à l'égard des tiers ne s'applique pas aux baux. Si le bail qui dépasse neuf ans n'a pas été transcrit, les tiers ne peuvent pas dire que l'acte doit être considéré, à leur égard, comme s'il n'existait point, car l'article 1er dit implicitement le contraire : « La durée en sera réduite, dit la loi, conformément à l'article 1429 du code civil. » Si le bail est seulement réduit, il est par cela même maintenu dans les limites d'un bail de neuf ans. La raison en est que, d'après la loi, les baux de neuf ans ne sont pas soumis à la transcription; un bail de neuf ans peut donc toujours être opposé aux tiers, quoiqu'il ne soit pas transcrit, pourvu qu'il ait date certaine, comme le veut l'article 1743.

162. Le but du nouveau principe de publicité est de rendre les acquisitions immobilières certaines et stables. Il faut pour cela que ceux qui acquièrent des immeubles se conforment à la loi en transcrivant leur contrat. S'ils ne le font pas, le système de publicité compromet en apparence leurs intérêts. Nous avons rapporté la critique, aussi injuste que violente, que Tronchet a faite de la publicité des transactions immobilières. Si le propriétaire qui ne transcrit pas est évincé, il a mauvaise grâce de se plaindre, il subit les suites de sa négligence; celui qui ne se conforme pas à la loi n'a pas le droit de s'en prendre à la loi.

Ce que nous disons du droit de propriété est vrai aussi des droits attachés à la possession, quand ces droits sont accordés au possesseur à raison du titre translatif de propriété en vertu duquel il a acquis la possession d'un im-

(1) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 396).

meuble. Aux termes des articles 549 et 550, le simple possesseur fait les fruits siens quand il possède comme *propriétaire* en vertu d'un *titre translatif de propriété* dont il ignore les vices. Cela suffisait sous l'empire du code civil, cela ne suffit plus d'après notre législation nouvelle; il faut de plus que le possesseur ait transcrit son titre. En effet, ce n'est pas en vertu de la possession qu'il gagne les fruits, c'est en vertu de sa bonne foi, et cette bonne foi suppose que le possesseur possède en vertu d'un titre translatif de propriété; il ne gagne donc les fruits qu'en opposant au propriétaire revendiquant, le titre qui lui aurait transmis la propriété, si son auteur avait été propriétaire; or, d'après le nouveau principe, il ne peut opposer aux tiers un droit résultant d'un titre translatif de propriété que lorsqu'il a transmis son titre; un titre non transcrit n'existe pas à l'égard du tiers propriétaire; donc le possesseur n'a point la bonne foi légale; partant, il n'a pas droit aux fruits (1).

Il en est de même de l'acquisition de la propriété par l'usucapion. Celui qui acquiert de bonne foi et par *juste titre* un immeuble en prescrit la propriété par dix ou vingt ans (art. 2265). Il oppose donc au propriétaire revendiquant un acte translatif de propriété qui l'aurait rendu propriétaire si son auteur l'avait été. Sous l'empire du code civil, le juste titre pouvait être constaté par acte sous seing privé ayant date certaine; d'après la loi nouvelle, il faut que l'acte soit transcrit, partant authentique, puisqu'on ne peut opposer aux tiers un acte translatif sans qu'il soit transcrit (2).

Que faut-il décider si la prescription a commencé sous l'empire du code civil? Le possesseur de bonne foi qui a commencé à prescrire en vertu d'un titre constaté par acte sous seing privé pourra-t-il continuer à prescrire sous l'empire de la loi nouvelle, sans que l'acte soit transcrit?

(1) Liége, 23 décembre 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 87).

(2) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 109, nos 84 et 85; Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 73, nos 905-911. Comparez Cassation, 26 janvier 1876 (Dalloz, 1876, 1, 169), en matière de donations. En sens contraire, Aubry et Rau, t. II, p. 319, et note 106, § 209, et les auteurs qu'ils citent.

La décision dépend du point de savoir si la prescription commencée forme un droit acquis, et la négative est certaine. Il en résulte que le droit de propriété n'est acquis par la prescription que sous l'empire de la loi nouvelle; or, d'après cette loi, on ne peut opposer aux tiers un acte non transcrit. Cela est très-rigoureux; le législateur aurait dû, pour ménager la transition d'une loi ancienne à une loi nouvelle, porter une disposition analogue à celle de l'article 2281; mais il n'appartient pas à l'interprète de combler cette lacune (1).

163. La loi nouvelle, en prescrivant la transcription, a eu pour objet de consolider les droits des tiers, et elle produit cet effet, en ce sens que la transcription les met à l'abri d'une éviction qui procéderait d'actes non transcrits au moment où eux-mêmes opèrent la transcription de leur titre. Cela suppose des actes émanés du même propriétaire; mais que faut-il décider si ce propriétaire lui-même possédait en vertu d'un acte non transcrit? Le possesseur qui aliène n'ayant pas transcrit se trouve dans la situation de tous ceux qui, sous l'empire de la loi nouvelle, achètent un immeuble sans faire la transcription de leur contrat; il n'est pas propriétaire à l'égard des tiers. De là suit que si son auteur aliène, et que l'acheteur transcrive, c'est cet acquéreur qui sera le véritable propriétaire. Il sera encore le véritable propriétaire si le premier acquéreur qui n'avait pas transcrit revendait l'immeuble à un tiers qui fait la transcription. En effet, le propriétaire peut revendiquer son fonds contre tout détenteur de la chose; il pourra donc revendiquer contre le dernier acquéreur, quoique celui-ci ait transcrit. L'article 109 consacre implicitement cette doctrine; il porte que le cédant ne transporte à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose cédée; la transcription n'ajoute rien à ces droits, elle ne fait que les mettre en évidence; celui qui transcrit exerce les droits de son auteur contre les tiers; mais si son auteur avait un titre vicié, le titre reste vicié entre les mains de l'acquéreur, quoique celui-ci transcrive, car la

(1) Martou. *Commentaire de la loi de* 1851. t. I, p. 109, n° 84 et 85.

transcription ne purge pas les vices qui entachaient les titres du cédant; celui-ci transmet à son acquéreur un droit entaché des mêmes vices. De là suit que si le cédant pouvait être évincé par un tiers propriétaire, l'acquéreur pourra également être évincé (1).

La jurisprudence a consacré cette doctrine sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII. Un prête-nom transcrit une vente simulée, ou consentie au profit d'une personne interposée. Le prétendu acquéreur peut-il opposer son droit aux créanciers de l'acquéreur véritable? Non, dit la cour de Bruxelles, car la transcription ne couvre pas le vice de simulation, ni tout autre vice qui rend l'acte annulable. Le pourvoi en cassation fut rejeté sur les conclusions de Merlin, qui établit très-bien dans son réquisitoire quel est l'effet de la transcription. Elle ne donne rien de plus, dit-il, à l'acquéreur que ce que lui donnait le contrat de vente; elle n'est pas un titre nouveau dont on puisse exciper pour ou contre lui; elle ne change point le contrat, elle le confirme, mais n'y ajoute rien. La transcription ne purge donc pas les vices de l'acte. Si la vente est simulée, la transcription ne rendra pas propriétaire celui qui n'est pas véritable acquéreur. Le contrat reste vicié dans les mains de l'acquéreur, comme il l'était dans les mains du vendeur (2). Donc celui qui pouvait revendiquer contre le vendeur pourra aussi revendiquer contre l'acheteur, malgré la transcription de l'acte de vente.

164. Il suit de là que la transcription n'opère pas la consolidation absolue de la propriété dans les mains de celui dont le titre est rendu public. Si, parmi les précédents propriétaires, il y en a un qui n'a point transcrit, la propriété sera incertaine. Et quand même tous les actes translatifs seraient transcrits, il restera encore une incertitude résultant des vices qui peuvent entacher l'un de ces titres, vices que la transcription ne révèle point. Cela n'empêche pas que celui qui veut acheter ne consulte utilement le registre aux transcriptions; s'il est complet, il pourra

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 103, n° 82. Nous reviendrons encore sur ce point, au n° 182.

(2) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Expropriation*, § II.

remonter d'acquisition en acquisition, et s'assurer que son auteur avait acquis par la prescription trentenaire, laquelle peut s'opérer par la jonction de possession. La prescription est, en définitive, la seule preuve irréfragable de la propriété et le seul moyen qui mette le possesseur à l'abri de l'éviction (t. VI, nos 159 et suiv.).

§ II. *Des actes translatifs de propriété.*

N° 1. QUELS SONT LES TIERS QUI PEUVENT SE PRÉVALOIR DU DÉFAUT DE TRANSCRIPTION?

165. La loi hypothécaire porte (art. 1er) que jusqu'à la transcription les actes translatifs de propriété ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude. Les mots *aux tiers qui auraient contracté* sont empruntés à la loi du 11 brumaire an VII, qui ajoutait : *avec le vendeur*. Cette formule est trop restrictive. Nous dirons plus loin que le défaut de publicité peut être opposé à tous les tiers, bien qu'ils n'aient pas contracté *avec le vendeur*. Notre loi a retranché ces mots, qui ne cadraient pas avec son système de publicité, plus large que celui de la loi de brumaire. Les mots *qui ont contracté* sont aussi de trop, en un certain sens. Si on les prenait à la lettre, on devrait dire que les tiers qui ont une hypothèque *légale* ne sont pas compris parmi les tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription; telle n'est certes pas la pensée du législateur (1). Il suffit que les tiers aient des droits, quels qu'ils soient, et que ces droits soient compromis par la non-publicité pour qu'ils puissent opposer le défaut de transcription.

Le code civil posait le principe en d'autres termes en ce qui concerne les donations non transcrites; d'après l'article 941, le défaut de transcription pouvait être opposé par *toutes personnes ayant intérêt*. Il y a encore une troisième formule du même principe en matière de substitution; l'ar-

(1) Comparez Aubry et Rau, t. II, p. 306, note 77, et p. 307, note 79, et les auteurs qu'ils citent.

ticle 1070 dit que le défaut de transcription de l'acte contenant la disposition pourra être opposé par les *créanciers et tiers acquéreurs*. Que faut-il entendre, dans l'article 941, par *toutes personnes ayant intérêt?* Cela était très-controversé; les uns voulaient que l'on interprétât le code civil par l'ordonnance de 1735, d'autres rattachaient le principe du code à la loi du 11 brumaire an VII; enfin il y en avait qui écartaient la tradition, disant que le code devait être interprété par lui-même. L'article 1070 semblait préciser quelles étaient les personnes ayant intérêt, en disant que les *créanciers* et *tiers acquéreurs* pouvaient opposer le défaut de transcription. Mais quels étaient ces *créanciers?* étaient-ce seulement les créanciers hypothécaires? ou étaient-ce aussi les créanciers chirographaires? Ce point était également controversé, et la controverse s'est renouvelée sous l'empire de la loi nouvelle. Elle parle des tiers en général : quels sont ces *tiers?* Le sens du mot *tiers* doit être déterminé d'après l'objet de la disposition où il est employé. Or, dans l'article 1er de la loi hypothécaire, il est certain que le mot *tiers* est employé par opposition aux parties contractantes. Voici, en effet, le principe que la loi établit quant à la translation de la propriété immobilière. Entre les parties, vendeur et acheteur, par exemple, la propriété se transfère par le seul effet du contrat; à l'égard des tiers, la propriété n'est transmise que du jour où l'acte a été transcrit. Les tiers sont donc tous ceux qui ne figurent pas à l'acte et qui, par suite, n'en ont pas connaissance; c'est parce qu'ils n'en ont pas connaissance qu'on ne peut pas leur opposer l'acte non transcrit. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que la loi ne permet pas aux tiers de se prévaloir du défaut de transcription, s'ils avaient connaissance de l'acte non transcrit. Donc sont tiers tous ceux qui ignorent l'acte; et, en principe, ils l'ignorent par cela seul qu'ils n'ont pas figuré à l'acte. Il ne s'agit plus de savoir quel est l'intérêt de celui qui oppose le défaut de transcription; notre loi ne parle plus d'intérêt, comme faisait le code civil; il suffit que l'on soit tiers et que l'on ait un intérêt quelconque, d'après le droit commun, qui exige un intérêt pour agir en justice.

Reste à savoir si le principe de la loi hypothécaire, tel que nous venons de l'interpréter, est applicable en matière de donations et de substitutions fidéicommissaires. Quant aux donations, il n'y a pas de doute, puisqu'elles sont comprises expressément dans la loi nouvelle. Il en est de même des substitutions qui sont faites par donation entre-vifs. Lorsque la substitution est faite par testament, la loi hypothécaire cesse d'être applicable, car elle ne concerne que les actes entre-vifs; les dispositions testamentaires sont en dehors de la loi nouvelle, donc elles sont régies par la loi ancienne. Nous reviendrons sur les difficultés que présente l'application du principe en ce qui concerne les substitutions.

Si l'on admet le principe tel que nous l'avons expliqué, la plupart des controverses viennent à tomber; il s'agit seulement de déterminer quelles personnes sont parties contractantes et quelles personnes ne le sont pas; les dernières peuvent opposer le défaut de transcription, les autres ne le peuvent pas.

166. Que les acquéreurs soient des tiers, cela n'a jamais été contesté. Peu importe qu'ils soient les ayants cause du vendeur; on peut être ayant cause en ce sens que l'on tire son droit du vendeur, et cependant être tiers quant aux actes que fait le vendeur; et l'on est tiers quant à ces actes par cela seul que l'on n'y a pas figuré et qu'on n'a pas pu les connaître. De là cette conséquence que, si un propriétaire vend la chose à deux acquéreurs, c'est celui des deux qui a transcrit qui deviendra propriétaire, quand même son acquisition serait la dernière(1). Il en était autrement sous l'empire du code civil : c'est le premier acheteur qui devenait propriétaire, pourvu qu'il pût prouver son antériorité par un acte ayant date certaine. Nous avons dit qu'au conseil d'Etat Tronchet s'était élevé avec violence contre le nouveau principe qu'il traitait de funeste et de désastreux; il l'est effectivement, dans l'espèce, pour le premier acquéreur, puisqu'il sera évincé par le second;

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 103, n° 81. Rejet, 8 décembre 1858 (Dalloz, 1859, 1, 184), et 31 mai 1875 (Dalloz, 1876, 1, 496). Comparez les arrêts rendus en matière de donations (Dalloz, au mot *Dispositions*, n°s 1578 et 1579).

mais s'il subit l'éviction, c'est parce qu'il a négligé de remplir la formalité de publicité qui l'aurait rendu propriétaire à l'égard des tiers. On ne peut accuser la loi quand on ne se conforme pas à la loi.

167. Il se peut que les titres des acquéreurs successifs aient été présentés le même jour à la transcription : lequel des deux sera, en ce cas, propriétaire? L'article 123 décide la difficulté : « La préférence se détermine d'après le numéro d'ordre sous lequel la remise des titres aura été mentionnée au registre destiné à cet effet, c'est-à-dire au registre de dépôts » (n°s 144 et 145). C'est l'application logique du principe que la date de la transcription détermine la translation de la propriété à l'égard des tiers. L'article 123 ajoute : « Sans préjudice néanmoins de ce qui est prescrit à l'article 81. » Aux termes de cette disposition, les créanciers hypothécaires inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date. On a donné comme raison de la différence que la loi met entre la transcription de deux titres et l'inscription de deux hypothèques faites un seul et même jour, que divers créanciers peuvent à la rigueur se partager le prix provenant de la vente de l'immeuble hypothéqué, mais que deux acquéreurs ne peuvent pas être propriétaires chacun de l'immeuble, à moins d'être copropriétaires; or, chacun d'eux entend être propriétaire exclusif; la loi a donc dû se prononcer en faveur de l'un d'eux, et c'est naturellement celui qui s'est présenté le premier qui l'emporte. Nous reviendrons sur la question.

168. Les donataires peuvent-ils se prévaloir du défaut de transcription d'un acte antérieur, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux? Cette question était très-controversée sous l'empire du code civil, et la controverse n'a point cessé après la loi nouvelle. A notre avis, les principes ont une certitude qui doit mettre fin à tout doute. D'abord il faut laisser de côté l'article 941 et même l'article 1072, puisque la loi hypothécaire a abrogé le code civil en ce qui concerne la transcription des actes entre-vifs à titre gratuit translatifs d'immeubles (n°s 44 et 45). La question doit donc être décidée par l'article 1er de la loi de 1851. Or, la loi met sur la même ligne les actes à titre gratuit et les

actes à titre onéreux; les uns et les autres doivent être transcrits pour qu'ils puissent être opposés aux tiers, et le défaut de transcription des uns et des autres peut être opposé par les tiers. Parmi ces tiers figurent en première ligne les acquéreurs, sans distinguer entre les acheteurs et les donataires. Cela décide la question. Dire que les acheteurs peuvent opposer le défaut de transcription, tandis que les donataires ne le peuvent pas, c'est faire une distinction que la loi ignore. Et qui autorise les interprètes à la faire? En vertu de quel principe les donataires, qui sont incontestablement des tiers, seraient-ils exclus du bénéfice que l'article 1[er] accorde à tous les tiers? La distinction aboutirait à une exception, et introduire une exception dans la loi, c'est la modifier; le législateur seul a ce droit.

Nous appliquons ces principes au cas où un acquéreur à titre onéreux n'aurait pas transcrit; le donataire qui a transcrit sera propriétaire à l'égard des tiers. Les principes sont identiques; la loi ne distingue pas, elle ne fait aucune exception; ce qui est décisif. On ne peut invoquer en faveur de l'acheteur que l'équité; sa cause est certes plus favorable, puisqu'il cherche à éviter une perte, tandis que le donataire veut faire un gain à ses dépens. La réponse est simple et péremptoire; si l'acheteur perd, ce n'est pas parce qu'il y a un donataire, c'est parce qu'il a négligé de transcrire; il perd donc par sa faute; et de quel droit rejetterait-il la responsabilité de sa faute sur le donataire (1)?

On oppose encore une autre objection au donataire. Celui qui, après avoir vendu un immeuble, en fait donation, commet une fraude au préjudice de l'acquéreur; celui-ci peut donc attaquer la donation comme étant faite en fraude de ses droits; à quoi servirait au donataire de réclamer le bien donné en vertu de la donation, puisqu'il devrait le rendre en vertu de l'action paulienne? C'est le cas de dire, ajoute Troplong, que celui qui doit garantie

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 95, n° 74. En sens contraire, Casier et Cloes.

ne peut pas évincer. Laissons d'abord de côté cet adage qui n'a rien de commun avec notre espèce. Comment veut-on que le donataire soit tenu de la garantie, alors qu'il n'est point vendeur ni représentant du vendeur? Est-il vrai que le premier acheteur aurait l'action paulienne? Le vendeur est resté propriétaire à l'égard des tiers; il a donc le droit d'aliéner; peut-on considérer comme un acte frauduleux la donation que le vendeur a le droit de faire? On dira qu'à l'égard de l'acheteur il a cessé d'être propriétaire; sans doute, mais quelle en est la conséquence? C'est que s'il dispose de la chose, à quelque titre que ce soit, il devra garantir l'acheteur contre l'éviction, c'est-à-dire qu'il lui doit des dommages-intérêts; mais l'acheteur ne peut pas attaquer la donation, puisque celle-ci est faite légalement; elle n'est infectée d'aucun vice, puisque le vendeur avait le droit d'aliéner une chose dont il restait propriétaire à l'égard des tiers (1).

169. L'article 1072 fournit aux partisans de l'opinion contraire un argument qui paraît décisif; il est ainsi conçu: « Les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers ne pourront, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription. » Si, en matière de substitution, disait-on, les donataires ne sont pas des tiers, ils ne le sont pas non plus en matière de donation. L'argument n'était pas aussi péremptoire qu'on le croit; la disposition de l'article 1072 a tous les caractères d'une exception au droit commun; elle confirme donc la règle de l'article 941; et, d'après cet article, il était difficile de ne pas reconnaître aux donataires la qualité de tiers. Quoi qu'il en soit, l'article 941 est aujourd'hui hors de cause; il s'agit de savoir si l'article 1072 est encore en vigueur, ou s'il est abrogé par l'article 1er de la loi hypothécaire. En ce qui concerne les substitutions faites par donation, elles tombent sous l'application de la

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 312, nos 154-156. En sens contraire, Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, p. 122, nos 177-179; Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 52, n° 437; Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 42 nos 868 et 869.

loi hypothécaire qui embrasse *tous* les actes entre-vifs à titre gratuit. En présence de ce texte absolu, on ne concevrait pas que les donataires fussent tiers pour tel acte et qu'ils ne le fussent pas pour tel autre. *Tout* tiers, c'est-à-dire tous ceux qui n'ont pas été parties à l'acte non transcrit peuvent opposer le défaut de transcription; la loi belge, plus générale que le code civil, doit profiter aux donataires, quel que soit l'acte non transcrit qu'on veuille leur opposer.

Si la substitution est faite par testament, elle n'a d'effet qu'à la mort du testateur. On suppose que celui-ci, après avoir disposé avec charge de restitution, fait donation entre-vifs d'un bien compris dans la substitution : y a-t-il lieu, dans ce cas, d'appliquer l'article 1072? La question n'a point de sens. Le donataire qui invoque le défaut de transcription doit avoir lui-même transcrit; or, s'il a transcrit la donation, les biens donnés sont sortis du patrimoine du donateur à l'égard de tous; il n'en peut plus disposer, car ce serait donner la chose d'autrui. La donation, dans ce cas, révoque la substitution pour les biens donnés; les appelés sont sans droit, ils ne peuvent pas recueillir des biens qui ne leur ont pas été légués. L'article 1072 n'est donc pas applicable aux substitutions faites par testament.

170. Les créanciers hypothécaires sont aussi des tiers. Cela était admis, sous l'empire du code civil, pour les donations non transcrites; les donataires ne pouvaient opposer leur droit aux créanciers hypothécaires qui avaient pris inscription à un moment où la donation n'était pas transcrite, bien que l'hypothèque eût été constituée après la donation. En prescrivant la publicité des donations immobilières, le code civil avait surtout pour but de sauvegarder les intérêts des créanciers hypothécaires; voilà pourquoi il ne soumettait à la transcription que les donations de biens susceptibles d'hypothèques (art. 939), les créanciers hypothécaires n'étant pas intéressés à la publicité des autres donations. La jurisprudence était unanime en ce sens (1).

(1) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1562.

D'après notre loi hypothécaire, le droit des créanciers est tout aussi évident; la loi est plus générale que le code civil, elle veut garantir tous les intérêts; parmi ces intérêts, le plus considérable et le plus usuel est celui des créanciers hypothécaires; ils peuvent donc opposer le défaut de transcription de tout acte translatif de propriété, à titre onéreux ou à titre gratuit.

La publicité profite aux acquéreurs, comme le défaut de publicité leur nuit. S'ils transcrivent leur contrat, les créanciers hypothécaires ne peuvent plus prendre inscription postérieurement à la transcription; l'article 112 de la loi hypothécaire le dit en termes formels : « Toute inscription prise sur les précédents propriétaires, postérieurement à la transcription, est inopérante. » C'est une conséquence du principe de publicité : il profite à ceux qui rendent leurs droits publics, il nuit à ceux qui ne remplissent pas les formalités prescrites par la loi. Par application de ce principe, les tiers acquéreurs qui transcrivent leur contrat doivent avoir le droit d'opposer le défaut d'inscription aux créanciers hypothécaires qui n'avaient pas rendu leur hypothèque publique lors de la transcription. C'est le grand avantage que la publicité offre à ceux qui veulent acquérir des immeubles : les droits non rendus publics lors de la transcription de l'acte d'acquisition ne peuvent plus être opposés aux tiers acquéreurs; vainement les créanciers prendraient-ils inscription, cette inscription est inopérante, dit l'article 112.

171. Il suit de là que l'article 834 du code de procédure est abrogé. D'après cette disposition, les créanciers hypothécaires et privilégiés, qui n'avaient pas pris inscription avant l'aliénation de l'immeuble grevé de l'hypothèque ou du privilége, pouvaient encore prendre inscription dans la quinzaine de la transcription que l'acquéreur opérait comme préliminaire de la purge. Cette disposition était nécessaire sous l'empire du code civil, qui ne prescrivait pas la transcription comme condition de la transmission de la propriété à l'égard des tiers; la transcription n'était requise que lorsque l'acquéreur voulait purger; tant qu'il n'annonçait pas l'intention de purger, les créanciers hypothécaires pou-

vaient inscrire leur hypothèque quand ils le voulaient; la priorité des droits était déterminée, dans le système du code, par la date des actes. Mais quand le tiers acquéreur purgeait, les créanciers avaient grand intérêt à s'inscrire, puisqu'ils ne pouvaient exercer le droit de surenchère que s'ils étaient inscrits; il fallait donc leur laisser un certain délai après que l'acquéreur avait déclaré, en faisant transcrire son contrat, qu'il avait la volonté de purger. Encore ce délai était-il de peu d'utilité aux créanciers, puisque la transcription n'était connue que de ceux qui prenaient la peine de consulter les registres du conservateur. Dans le système de la loi nouvelle, tout droit non rendu public n'existe pas à l'égard de ceux qui ont acquis la propriété de l'immeuble, à un moment où il n'y avait pas d'inscription; l'article 112 de la loi hypothécaire abroge donc l'article 834 du code de procédure.

172. Le droit des créanciers hypothécaires donne lieu à une question très-controversée. On suppose qu'un créancier saisit l'immeuble qui lui est hypothéqué; et il se trouve que cet immeuble avait été aliéné, avant la saisie, sans que l'acte eût été transcrit. L'acquéreur peut-il opposer son droit au créancier saisissant? A notre avis, il ne le peut pas. Il est vrai que le débiteur qui a concédé une hypothèque sur l'immeuble reste propriétaire; il peut donc aliéner l'immeuble; mais cette aliénation ne peut être opposée aux tiers tant qu'elle n'a pas été transcrite. Cela veut dire, comme nous l'avons expliqué (n° 159), que l'aliénation non transcrite est considérée, à l'égard des tiers, comme si elle n'avait pas été faite; donc l'immeuble, à leur égard, se trouve encore dans le patrimoine du débiteur; partant, les créanciers hypothécaires, qui sont des tiers (n° 170), peuvent saisir l'immeuble comme s'il n'avait pas été vendu; l'acheteur ne peut pas leur opposer son titre pour faire déclarer la saisie nulle, parce que, n'ayant pas transcrit son contrat, il n'est pas propriétaire à l'égard des tiers.

On objecte que les créanciers, quels qu'ils soient, hypothécaires aussi bien que chirographaires, ne peuvent saisir que les biens qui sont dans le domaine de leur débiteur; le créancier hypothécaire a un droit de plus; il peut, si le débi-

teur aliène l'immeuble hypothéqué, exercer son droit de suite et poursuivre hypothécairement le tiers détenteur, mais il ne peut pas saisir l'immeuble contre le débiteur, puisque le bien n'est plus dans le patrimoine de celui-ci; à partir de la vente, l'immeuble a cessé d'être son gage, sauf l'exercice du droit de suite. Sans doute, le débiteur qui a hypothéqué un héritage en reste propriétaire, il a le droit de l'aliéner, et, en l'aliénant, il cesse d'être soumis à l'action hypothécaire. Mais à une condition, c'est que l'acte de vente soit transcrit. Jusque-là la vente n'existe pas à l'égard des tiers; donc elle n'existe pas à l'égard du créancier hypothécaire; la conséquence est que l'immeuble est encore dans le patrimoine du débiteur, il est donc toujours le gage du créancier; d'où suit qu'il peut être saisi contre le débiteur.

L'objection à laquelle nous répondons ne tient aucun compte de l'innovation que le principe de publicité a apportée au code civil; tout ce que l'on oppose au créancier hypothécaire était vrai sous l'empire du code, qui permettait à l'acquéreur d'opposer son droit aux tiers sans publicité aucune; le code permettait par cela même au vendeur de faire sortir de son patrimoine le bien hypothéqué, sans rendre la vente publique; partant, il ne restait au créancier hypothécaire que le droit de suivre l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur, en exerçant son action hypothécaire contre lui. Mais tout cela est changé. La clandestinité de la vente compromettait les intérêts des tiers. Chose singulière! les partisans de l'opinion que nous combattons l'avouent; ils reconnaissent que les frais de la saisie seront à charge du créancier qui l'a opérée. C'est avouer que la clandestinité cause un préjudice à ce créancier. Sous l'empire du code civil, cela était logique, puisque la loi ne prenait aucun souci de l'intérêt des tiers. Mais cette logique était funeste aux tiers; voilà pourquoi le législateur a remplacé la clandestinité par la publicité. Le changement est radical. Il en résulte que les tiers ne peuvent plus être lésés; et pour qu'ils ne puissent pas l'être, la loi ne veut pas qu'on leur oppose des actes non transcrits. Quand la vente faite par le débiteur n'est pas transcrite, le

créancier hypothécaire doit croire que l'immeuble est encore dans le patrimoine de son débiteur; à son égard, l'immeuble n'est pas aliéné; il peut donc le saisir contre le débiteur. Si ensuite l'acquéreur transcrit, les frais de la saisie ne doivent pas être à la charge du créancier, lequel n'a fait qu'user de son droit; la saisie reste valable, le droit du créancier hypothécaire l'emporte sur le droit de l'acquéreur, parce que le premier était public, tandis que le second était resté clandestin (1).

Nous n'entrons pas dans la discussion des divers systèmes ni de la jurisprudence, parce que la question et les difficultés qu'elle soulève tiennent en partie aux principes qui régissent la saisie, matière qui est en dehors des limites de notre travail. Il n'y a qu'une question qui nous intéresse encore, celle de savoir si les créanciers chirographaires peuvent saisir les immeubles de leur débiteur tant que l'aliénation qu'il en a faite n'a pas été rendue publique par la transcription. Nous allons y revenir en traitant des créanciers chirographaires.

173. Les créanciers chirographaires sont-ils des tiers, dans le sens de l'article 1er de la loi hypothécaire? Cette question, très-controversée, l'était déjà sous l'empire du code civil pour les donations immobilières, ainsi que pour les substitutions. Il est inutile de renouveler le débat auquel l'article 941 a donné lieu, puisque cette disposition est remplacée par la loi nouvelle. Il importe toutefois de constater que l'opinion généralement suivie se prononçait en faveur des créanciers; elle s'appuyait sur ces termes de l'article 941 : « Le défaut de transcription pourra être opposé par *toutes personnes ayant intérêt* », qui semblaient comprendre les créanciers chirographaires (2). Quant aux substitutions, l'article 1070 est conçu à peu près dans les termes de la loi hypothécaire, qui permet aux *tiers* d'invo-

(1) Bertauld, dans le *Recueil périodique* de Dalloz, 1858, 2, 162, note. En sens contraire, Mourlon, *Dissertation* (*Revue pratique*, t. I, p. 472 et suiv.); id., *De la transcription*, t. II, p 82, nos 55 et suiv.; comparez, en sens divers, les auteurs et les arrêts qu'il cite. Ajoutez Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 73, nos 850-853; Aubry et Rau, t. II, p. 313, no 96.

(2) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Donations*, no 1367, 1o-4o.

quer le défaut de transcription; et le code civil dit que le défaut de transcription pourra être opposé par les *créanciers* et *tiers acquéreurs;* or, on a toujours entendu par *tiers,* en matière de transcription, ceux qui achètent et ceux qui prêtent, les acquéreurs et les créanciers. Reste à savoir si le mot *créanciers* comprend les créanciers chirographaires, et c'est cette même difficulté qui se présente pour le mot *tiers.* C'est donc par la loi nouvelle que la question doit être décidée pour tous les actes soumis à la transcription. Elle l'a été par la cour de cassation en faveur des créanciers chirographaires; l'arrêt, rendu au rapport de Defacqz, a fait jurisprudence (1); dans ce que nous allons dire, nous ne ferons que développer les motifs donnés par notre cour suprême.

La cour invoque le texte et l'esprit de la loi. Aux termes de l'article 1er, les actes translatifs et déclaratifs de droits réels immobiliers doivent être transcrits; jusque-là ils ne peuvent être opposés aux *tiers.* L'article 5 établit le même principe, dans les mêmes termes, pour la cession de créances privilégiées ou hypothécaires; elle ne peut être opposée aux *tiers* que si elle est rendue publique par la voie de l'inscription. Que faut-il entendre par le mot *tiers?* Nous avons déjà répondu à la question (n° 165); la cour de cassation fait la même réponse. Le mot *tiers* employé dans l'article 1er, sans autre addition, signifie, dans son acception ordinaire et logique, toutes personnes qui n'ont pas été parties à l'acte non transcrit, sans distinguer si l'intérêt qu'elles ont à l'écarter procède d'un droit réel sur l'immeuble ou de toute autre cause légitime. Quand le texte est clair et formel, on doit s'y tenir, à moins qu'il ne résulte à l'évidence de l'esprit de la loi que le texte ne rend pas la pensée du législateur. Or, loin de là, l'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Quel est l'objet de toute loi hypothécaire, quel a été surtout l'objet des dispositions préliminaires de notre loi en prescrivant la publicité de tous les actes qui peuvent intéresser les tiers? La cour de

(1) Rejet, 8 mai 1856 (*Pasicrisie,* 1856, 1, 260). Liége, 14 août 1867 (*Pasicrisie,* 1867, 2, 463).

cassation répond en d'excellents termes, que nous allons transcrire : « Pour faciliter les transactions en les entourant de garanties, la loi du 16 décembre 1851 a voulu établir le crédit immobilier sur des bases dont *chacun* pût vérifier en tout temps la solidité, et elle a fondé ce système sur la publicité de la mutation des droits réels et des charges qui affectent la propriété foncière. » Que la transcription ait été établie pour éclairer tous ceux qui traitent avec les propriétaires d'immeubles, il serait difficile de le nier; or, si *chacun* a intérêt à la publicité, chacun est par cela même intéressé à se prévaloir du défaut de publicité; donc les créanciers chirographaires doivent être admis, aussi bien que les créanciers hypothécaires et les tiers acquéreurs, à opposer le défaut de publicité; car, au lieu d'être une garantie, la publicité serait un leurre, si elle n'avait pour sanction le principe établi par l'article 1er de la loi et répété dans l'article 5, que des actes non transcrits ne peuvent être opposés aux tiers.

Tel est l'esprit général de notre loi, puisqu'elle a eu pour objet de remplacer un régime de clandestinité, funeste au crédit, par un régime de publicité qui fonde le crédit sur la publicité, en faisant connaître la situation des propriétaires à tous ceux qui contractent avec eux. Nous disons *tous ceux* qui traitent avec un propriétaire d'immeubles ; à moins que la loi n'exclue les créanciers chirographaires, ceux-ci peuvent invoquer le bénéfice de la publicité comme tout tiers. Il nous faut voir si l'exclusion de ces créanciers, qui ne résulte certes pas du texte, résulte des travaux préparatoires, où l'on va chercher d'ordinaire ce que l'on appelle l'esprit de la loi. Avant tout, il importe de bien préciser le débat. Les termes généraux de la loi comprennent les créanciers chirographaires sous le nom de *tiers ;* pour qu'il soit permis à l'interprète de s'écarter du texte, il faut une preuve bien positive que la volonté du législateur a été de les exclure. Les discussions fournissent-elles cette preuve? Le procureur général, qui a pris des conclusions contraires, invoque les explications que les commissions du sénat et de la chambre des représentants ont données sur la portée de la loi, en la *restreignant* toujours aux tiers

acquéreurs de droits réels. Le mot *restreindre* n'est pas exact, il semble dire que les rapports *excluent* les créanciers chirographaires, tandis qu'en réalité ils n'en parlent pas. Cela suffit déjà pour ôter toute autorité aux travaux préparatoires; la question que nous discutons n'a été prévue ni dans les rapports ni dans la discussion; et comment le sénat et la chambre des représentants auraient-ils décidé une question qui n'a pas été discutée? Voilà comment il se fait que les travaux préparatoires, invoqués contre les créanciers, sont aussi invoqués en leur faveur. C'est ce qu'a fait la cour de Liége en transcrivant le texte des rapports; les voici. On lit dans le rapport de la commission spéciale qui a préparé la nouvelle loi : « que cette loi a eu pour objet de *faciliter les transactions*, d'assurer le crédit *de la manière la plus complète*, en donnant la plus grande publicité aux mutations immobilières ». De son côté, le rapporteur de la chambre des représentants, M. Lelièvre, cite les coutumes de réalisation ou de nantissement, sur lesquelles nous reviendrons. Enfin le ministre de la justice, M. Tesch, après avoir signalé les vices du code civil et les inconvénients que la clandestinité présentait pour les prêteurs, disait en exposant les motifs, c'est-à-dire l'esprit de la loi nouvelle, que celle-ci s'écartait complétement des principes du code Napoléon; que, d'après l'article 1er, la transmission des droits réels n'aurait d'*effet à l'égard des tiers* que par la transcription de l'acte; d'où la conséquence que le propriétaire qui vend *reste propriétaire à l'égard des tiers* tant que cette formalité n'a pas été remplie.

Ces explications ne prévoient pas textuellement notre question et ne la décident pas. Toutefois il est certain que l'Exposé des motifs de la loi, tel qu'il a été fait par tous les organes officiels du pouvoir législatif, est favorable aux créanciers chirographaires, car les motifs qu'ils allèguent sont généraux aussi bien que le texte. Qu'importe qu'ils citent comme exemple les tiers acquéreurs de droits réels? Ils font ce que l'on fait toujours quand on explique une loi; on l'applique aux cas qui se présentent usuellement : dire que les tiers acquéreurs et créanciers hypothécaires profiteront de la publicité, ce n'est pas dire que les

créanciers chirographaires n'en profiteront point, alors que les motifs pour lesquels les premiers peuvent invoquer le défaut de publicité s'appliquent littéralement aux derniers. Voilà le véritable esprit de la loi; c'est ce que dit très-bien la cour de cassation : « La loi n'a pas borné sa sollicitude aux contrats relatifs à des droits réels, mais, portant plus loin ses vues, elle a voulu, pour tous les cas, rendre certain et notoire et public l'état de la fortune immobilière de celui qui s'oblige; en conséquence le créancier qui, sur la foi de cette situation, se contente d'un engagement personnel, est ensuite, s'il doit recourir aux immeubles du débiteur, protégé par l'article 1er contre quiconque ne se sera pas conformé à ses dispositions. »

La cour dit que cela est *évident*. C'est un mot que l'on peut rarement employer dans notre science, où tout est sujet à controverse. Néanmoins nous disons avec l'arrêt que, si l'on s'en tient à l'esprit général de la loi de 1851, on peut affirmer qu'il est favorable aux créanciers chirographaires. De quoi se plaignait-on sous le régime du code civil? Pourquoi le trouvait-on si défectueux? C'est qu'il n'y avait aucun moyen de s'assurer que le propriétaire apparent fût le propriétaire véritable; les créanciers chirographaires étaient trompés par cette clandestinité, aussi bien que les créanciers hypothécaires, car ils traitaient sur la foi d'une richesse immobilière qui n'existait point, si le propriétaire avait aliéné les biens sur lesquels les créanciers comptaient, alors qu'ils n'avaient aucun moyen de connaître ces aliénations. Qu'a voulu la loi nouvelle? Rendre les mutations publiques afin d'éclairer tous ceux qui ont intérêt à s'assurer de la situation immobilière de ceux avec lesquels ils traitent. A-t-elle voulu éclairer les uns et ne pas éclairer les autres? La question est passablement absurde. Quoi! le législateur signale les défauts de la clandestinité, il déclare qu'il y portera remède par la publicité la plus large, et il sous-entendrait que les bienfaits de la publicité ne pourront être invoqués que par certains créanciers et non par d'autres! Le législateur dirait: « Grâce au système de publicité que j'organise, les tiers pourront traiter en toute confiance, ils ne seront plus trompés par une

propriété apparente » ; et lui-même induirait en erreur une partie considérable de ces tiers, les plus nombreux, les créanciers chirographaires, et il les tromperait par un sous-entendu, sans dire que ces créanciers ne doivent pas compter sur la publicité, alors que le texte de la loi leur dit que tout tiers y peut compter! Cela est impossible; en ce sens la cour de cassation a raison de dire qu'il est évident que la loi nouvelle, en proclamant le principe de publicité, a voulu qu'il profitât à tous, et qu'il garantît tous les intérêts.

174. Il nous faut répondre maintenant aux objections que l'on fait contre la doctrine de la cour de cassation. On invoque d'abord la tradition. Si elle était constante, ce serait un puissant préjugé en faveur de l'opinion qui exclut les créanciers chirographaires. Mais quelle est la tradition à laquelle la loi hypothécaire se rattache? Le procureur général invoque la loi du 11 brumaire an VII; la cour de cassation dit, au contraire, que la loi nouvelle reproduit le système des œuvres de loi des coutumes de nantissement. Qui a raison? Nous dirons de la tradition ce que nous venons de dire des travaux préparatoires : la question de savoir si les créanciers chirographaires sont des tiers n'a pas été prévue lors de la discussion, ni par les commissions, ni au sein des chambres. On ne peut donc pas dire que les auteurs de la loi belge ont exclu les créanciers chirographaires, puisqu'ils ont reproduit la loi de brumaire, laquelle n'avait en vue que les créanciers hypothécaires et les tiers acquéreurs. Et l'on ne peut pas dire non plus que la loi nouvelle reproduit le système des coutumes, qui comprenaient les créanciers chirographaires parmi les tiers dont les devoirs de loi avaient pour objet de garantir les intérêts. Toutefois, une chose est certaine, c'est que notre loi procède des coutumes de nantissement plutôt que de la loi de brumaire. Sur ce point les travaux préparatoires ne laissent aucun doute. Et faut-il s'en étonner? La publicité des transactions immobilières, et la publicité la plus large, la publicité donnant satisfaction à tous les intérêts, n'en excluant aucun, est pour nous une tradition nationale, c'est la gloire du droit coutumier belge, car toutes nos coutumes consacraient le système des œu-

vres de loi, tandis que, en France, la clandestinité romaine formait le droit commun, et la publicité n'était admise que dans quelques provinces qui jadis avaient fait partie de la Belgique. Quoi de plus naturel que le législateur belge ait suivi la tradition belge?

Tous les travaux préparatoires sont unanimes sur ce point. La commission spéciale, qui a proposé le principe de publicité, s'appuie sur nos anciennes coutumes, d'après lesquelles les mutations immobilières ne s'opéraient que moyennant les œuvres de loi, c'est-à-dire par une prise de possession publique, constatée par des registres publics; tout tiers était admis à consulter ces registres, et tout tiers pouvait se prévaloir du défaut de publicité. Le rapporteur de la commission de la chambre des représentants cite également nos coutumes : La réalisation, dit M. Lelièvre, conférait seule un droit réel; sans elle l'acheteur n'acquérait qu'un droit personnel contre le vendeur; les coutumes de Brabant ne considéraient que comme un droit mobilier l'action appartenant à l'acquéreur en vertu d'un contrat non réalisé. Personne, dira-t-on, ne nie que le principe de publicité procède des coutumes de nantissement; est-ce à dire que la transcription s'identifie avec les œuvres de loi? Quant au principe, oui. Le ministre de la justice l'a dit dans le discours où il expose les innovations de la loi hypothécaire. « Les œuvres de loi de notre ancien droit, dit M. Tesch, sont remplacées par la transcription; à l'égard des tiers, la vente ne sera plus parfaite par la simple volonté des parties, elle ne le sera que par la transcription. » Ces paroles sont considérables. C'est précisément parce que la vente non transcrite n'a *aucun effet* à l'égard des tiers, que les créanciers hypothécaires peuvent opposer le défaut de transcription. La vente non transcrite est une vente non existante à l'égard des tiers. Or, conçoit-on qu'un acte existe à l'égard de tels tiers et n'existe pas à l'égard des autres? Nos coutumes étaient plus logiques; elles refusaient tout effet à la vente non réalisée à l'égard de tous; et notre loi hypothécaire dit aussi que la vente non transcrite ne peut être opposée aux tiers.

175. Il y a une loi plus récente, dit on, celle du 11 bru-

maire an VII; c'est celle-là que le législateur belge a reproduite; la preuve en est que les termes sont à peu près identiques. L'article 26 de la loi de brumaire est ainsi conçu : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. » L'analogie entre cette rédaction et celle de notre loi hypothécaire est évidente, mais il y a des différences qui sont tout aussi incontestables, et ces différences impliquent un principe différent. La cour de cassation en a fait la remarque, pour combattre l'argument que le procureur général puisait dans la loi de l'an VII. Notre loi parle des tiers en général, sans restreindre l'acception générale que cette expression a dans le langage ordinaire. et spécialement en matière de transcription. Il n'en est pas de même de la loi de brumaire : elle ajoute au mot tiers une disposition qui en limite le sens; en effet, l'article 26 dit que l'acte non transcrit ne peut être opposé aux tiers *qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente*. Il n'y a donc que les tiers qui ont fait certains *contrats* avec le *vendeur* qui puissent opposer le défaut de transcription. Quels sont ces contrats? L'article 26 le dit : ce sont ceux que la loi de l'an VII soumettait à la publicité, c'est-à-dire les actes de vente et les actes d'hypothèque. C'est exclure les créanciers chirographaires, car les contrats que ceux-ci passent ne doivent pas être rendus publics. Ainsi la comparaison des deux lois prouve qu'elles ont un objet différent; la loi de brumaire n'a voulu sauvegarder que les intérêts des tiers qui ont stipulé un droit réel dans la chose vendue, elle ne s'est pas préoccupée des droits des créanciers chirographaires : la loi belge, au contraire, a entendu garantir tous les intérêts. Ce qui prouve encore que l'esprit des deux lois n'est pas le même, c'est que la publicité est moins large d'après la loi de brumaire; elle ne prescrit la transcription que pour les actions susceptibles d'hypothèques,

ce qui indique qu'elle n'a en vue que les intérêts des créanciers hypothécaires; tandis que la loi belge soumet à la transcription *tous* les actes translatifs de droits réels immobiliers. La différence est caractéristique et elle est décisive. Dans un système de publicité générale et qui a pour objet de garantir tous les intérêts légitimes, l'exclusion des créanciers chirographaires serait une anomalie inexplicable.

176. Il est vrai que le législateur français l'a fait. La loi du 23 mars 1855 exclut les créanciers chirographaires; le rapporteur l'a dit en termes formels. Mais la comparaison de cette loi avec la nôtre prouve encore que la loi belge est conçue dans un autre esprit. L'article 3 de la loi française porte : « Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. On voit que la loi de 1855 est la reproduction de celle de l'an VII; c'est la même disposition, rendue plus claire, mais c'est aussi la même restriction. Nous ne craignons pas de le dire : le législateur français a été égaré par la tradition française, tandis que le législateur belge a été mieux inspiré par notre tradition coutumière, les coutumes de nantissement. La tradition française, en cette matière, est la tradition de clandestinité, dont le législateur révolutionnaire a eu de la peine à s'affranchir, et dont il ne s'est affranchi que d'une manière incomplète. Nous l'avons dit plus haut : la barbarie féodale, ici comme en bien des choses, a été supérieure à la science des jurisconsultes. La critique que nous faisons de la loi de 1855 n'a pour objet que de mettre dans tout son jour le principe de la loi belge. Du reste, en France même, un des meilleurs commentateurs de cette loi, Mourlon, lui a reproché, comme un de ses grands défauts, l'inégalité inexplicable qu'elle établit entre les créanciers chirographaires et les tiers qui ont un droit réel dans la chose; nous transcrivons ses paroles, elles confirment tout ce que nous avons dit en faveur des créanciers chirographaires.

Après avoir rappelé le rapport qui dit formellement

que les créanciers chirographaires ne peuvent opposer le défaut de transcription, Mourlon ajoute : « Le principe est certain, mais est-il bien rationnel? Quel fondement le légitime? Par quelles considérations l'explique-t-on? Voilà ce que nous avons vainement cherché. Si l'erreur dans laquelle les acquéreurs les induisent par la clandestinité de leurs titres peut leur causer un préjudice, pourquoi ne pas leur venir en aide? Leur sécurité est-elle donc si étrangère à l'organisation du crédit, au mouvement régulier des affaires, au bien public, en un mot, qu'on doive n'en tenir aucun compte? Comment ne voit-on pas que les abandonner ainsi, c'est, au lieu de créer la confiance, l'anéantir, au contraire, puisque c'est rendre partout impérieusement nécessaire l'intervention des garanties hypothécaires? Le crédit n'atteindra la dernière perfection que le jour où il pourra se passer du secours de l'hypothèque. Si donc le principe de la publicité est juste, s'il est d'ordre public, il doit être la sauvegarde de tous ceux, quels qu'ils soient, qui, à un titre ou à un autre, peuvent avoir intérêt à connaître la mesure du crédit qu'ils peuvent faire au propriétaire avec lequel ils se mettent en rapport d'affaires (1). »

177. On fait encore d'autres objections contre l'arrêt de la cour de cassation (2); nous aurions cru inutile de les discuter, si un excellent jurisconsulte, le procureur général à la cour de cassation, ne leur avait prêté l'appui de son autorité. L'objet de la loi hypothécaire, dit-on, en ordonnant la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers, est indiqué par l'intitulé même des dispositions préliminaires. Ces dispositions portent pour titre : *De la transmission des droits réels*; on en conclut qu'on doit les restreindre aux personnes qui prétendent un droit réel. L'argumentation nous paraît étrange. Est-ce que l'intitulé nous apprend ce qu'il faut entendre par *tiers*, alors qu'il ne parle pas même des tiers? Les mots « de la transmission des *droits réels* » signifient que les droits réels sont soumis

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 48, n° 434.
(2) Casier, *Etudes sur la loi hypothécaire*, p. 43, n° 28. Cloes, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 53, n° 105. Comparez Martou, *Commentaire*, t. I, p. 84, n° 66, et p. 94, n° 73.

à la transcription quand ils sont immobiliers, sauf les privilèges et les hypothèques. En d'autres termes, l'intitulé pose la question de savoir quels sont les droits réels qui doivent être transcrits; mais l'intitulé est absolument étranger à la question de savoir quel est l'*effet* de la *publicité*, et quel est l'*effet* du *défaut de publicité*. Les dispositions préliminaires ne répondent pas directement à la question de savoir si les créanciers chirographaires peuvent se prévaloir du défaut de publicité; c'est une question d'interprétation que l'on doit résoudre en prenant appui sur le texte et sur l'esprit de la loi. Conclure de ce que les dispositions préliminaires traitent de la transcription des droits réels, que ceux-là seuls qui ont un droit réel sur la chose peuvent opposer le défaut de publicité, c'est certainement faire dire au législateur ce qu'il n'a pas voulu dire, car, nous le répétons, la question que nous examinons n'a pas été prévue par les auteurs de la loi; et l'on veut qu'ils l'aient décidée par un intitulé qui y est étranger! Voilà une de ces mauvaises raisons qui affaiblissent une cause au lieu de la fortifier.

178. Il en est de même de l'argument que l'on puise dans l'article 4 qui, dit-on, indique, sinon explicitement, du moins implicitement, quels sont les droits propres à la qualité de tiers et dont, par suite, dépend cette qualité. Or, l'article 4 porte : « Seront valables toutes aliénations faites, toutes hypothèques et autres charges imposées antérieurement à l'inscription des demandes en révocation de droits réels immobiliers. » L'argument est un de ceux qui font violence à la loi, en faisant décider au législateur des difficultés auxquelles il n'a pas même songé. Nous avons dit souvent que l'on éviterait bien des erreurs si, en interprétant une loi, on se demandait avant tout quel en est l'objet et ce que le législateur a voulu décider. Or, quel est l'objet de l'article 4? Est-ce de décider si les créanciers chirographaires sont ou non des tiers? Il suffit de lire la loi pour se convaincre que le législateur n'a pas même pu penser aux créanciers chirographaires. Il s'agit de savoir si, dans le cas où la propriété est révoquée sans rétroactivité, les actes de disposition émanés du propriétaire dont le droit est révoqué sont

maintenus jusqu'au jugement, ou jusqu'à la demande, ou jusqu'à la publicité de la demande. La loi décide la question en ce dernier sens, comme l'avait déjà fait l'article 958 du code Napoléon. On voit de suite pourquoi l'article 4 ne mentionne que les actes de disposition, c'est que le jugement qui prononce la révocation n'a d'effet que sur ces actes; c'est une application du principe que la révocation de la propriété emporte la révocation des actes de disposition faits par le propriétaire; tandis que dans le cas de révocation *ex nunc*, comme on dit à l'école, la révocation ne fait tomber que les actes postérieurs à l'inscription de la demande. Qu'est-ce que cela a de commun avec le sens du mot *tiers* dans l'article 1er, où il n'est pas question de révocation?

179. On invoque encore contre les créanciers chirographaires le principe qui régit le droit que la loi leur donne sur les biens de leur débiteur. Ces biens forment leur gage, mais ce gage ne leur accorde aucun droit actuel sur les biens; le débiteur en conserve la pleine et libre disposition, il peut les aliéner ou les hypothéquer, et les soustraire par là à l'action de ses créanciers personnels; ceux-ci ne peuvent saisir que les immeubles que le débiteur possède au moment où ils poursuivent l'exécution forcée des obligations qu'il a contractées; ils ne peuvent pas suivre les biens aliénés entre les mains des tiers possesseurs, parce qu'ils n'ont pas le droit de suite. Qu'importe donc que l'acte de vente soit transcrit ou non; dès que l'immeuble est sorti du patrimoine de leur débiteur, il échappe à l'action de ses créanciers personnels, car ils ne peuvent agir sur les biens qu'en tant qu'ils sont une dépendance de la personne.

Voilà du moins un argument qui a une apparence juridique, mais ce n'est qu'une apparence. Les droits des créanciers chirographaires sur les biens de leur débiteur étaient effectivement tels que nous venons de le dire, sous l'empire du code civil. Mais la question de savoir s'ils sont des *tiers* dans le sens de l'article 1er de la loi hypothécaire, ne peut plus être décidée par le code Napoléon; elle doit être décidée par la loi nouvelle; en effet, le code ne don-

nait à aucun tiers un droit contre les actes de disposition faits par un propriétaire, en ce sens que ces actes n'étant soumis à aucune publicité, personne ne pouvait se prévaloir d'un défaut de publicité. Ce système de clandestinité est abrogé et remplacé par le système de publicité. Invoquer une législation abrogée pour en induire que la loi nouvelle a le même sens que la loi ancienne, c'est dire un non-sens. Les *tiers* ont aujourd'hui des droits qu'ils n'avaient point sous l'empire du code ; quand il s'agit des tiers, il faut donc laisser là le code pour s'en tenir à la loi hypothécaire.

180. Nous disons que le code Napoléon ne donnait aucun droit aux tiers contre les actes faits par le propriétaire d'immeubles; ces actes avaient effet à l'égard des tiers, quoiqu'ils ne fussent pas rendus publics. Il y avait cependant une exception, et elle est importante en ce qui concerne la question que nous discutons. Les hypothèques et les priviléges étaient soumis à la publicité, bien que les actes translatifs de propriété immobilière n'y fussent pas soumis. Il résultait de là une conséquence très-grave : c'est que les créanciers hypothécaires ne pouvaient pas opposer leur hypothèque aux tiers si elle n'était pas inscrite; et parmi ces tiers se trouvaient même les créanciers chirographaires. L'inconséquence du code Napoléon était palpable. Le propriétaire pouvait soustraire tous ses biens à l'action de ses créanciers personnels en les aliénant; ceux-ci n'avaient pas le droit de suite, ils pouvaient seulement intenter l'action paulienne, si l'aliénation était faite en fraude de leurs droits, action très-chanceuse, puisqu'ils devaient prouver la complicité des tiers acquéreurs. Tandis que si, au lieu d'aliéner, le propriétaire concédait une hypothèque, c'est-à-dire un simple droit réel, les créanciers chirographaires pouvaient opposer aux créanciers hypothécaires le défaut d'inscription; car, entre les créanciers, l'hypothèque n'avait de rang que du jour de l'inscription : une hypothèque non inscrite était sans efficacité à l'égard de tous tiers. Demanderons-nous s'il y avait une raison quelconque pour garantir les droits des créanciers chirographaires contre les hypothèques occultes, alors

qu'on les laissait sans garantie aucune contre les ventes occultes? On ne demande pas de raison à une législation foncièrement inconséquente. Mais à un nouveau législateur on est en droit de demander pourquoi il ne corrige pas les défauts de la loi qu'il s'est donné pour mission de corriger. Dans l'interprétation que nous donnons à la loi, le législateur belge est conséquent et logique; il sauvegarde les droits de *tous les tiers,* et il les sauvegarde contre tous les actes faits par un propriétaire d'immeubles. Le code civil permettait aux créanciers chirographaires d'opposer aux créanciers hypothécaires le défaut d'inscription de leurs hypothèques; la loi belge étend cette garantie aux aliénations. Les créanciers chirographaires sont donc traités comme des *tiers,* et à l'égard des créanciers hypothécaires et à l'égard des acquéreurs. Il y aurait eu, dans le système de publicité de la loi nouvelle, une injustifiable inconséquence, si elle avait considéré les créanciers chirographaires comme des tiers à l'égard des hypothèques, tandis qu'elle ne les aurait pas considérés comme des tiers à l'égard des aliénations; étendant la publicité incomplète du code Napoléon à tous les actes translatifs de droits réels immobiliers, elle devait aussi étendre à tous ces actes ce que le code disait des seuls actes qu'il soumettait à la publicité, c'est-à-dire des hypothèques; *tiers* à l'égard des hypothèques, en vertu du code civil, ils devaient aussi être *tiers* à l'égard des aliénations, en vertu d'une loi qui applique aux aliénations le système de publicité que le code restreignait aux hypothèques. Il est vrai que le législateur français a commis cette inconséquence; aussi la lui a-t-on durement reprochée. « Par quel écart de logique, dit Mourlon, a-t-on laissé exposés aux dangers de la clandestinité des aliénations immobilières ceux-là mêmes qu'on a cru devoir, dans un intérêt d'ordre public bien entendu, protéger contre la clandestinité des simples hypothèques? Il serait difficile, assurément, d'imaginer quelque chose de plus contradictoire (1). » Félicitons-nous de ce que le législateur belge n'a pas commis cette incroyable inconsé-

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 48, n° 435.

quence. Que dire de ceux qui, après l'arrêt de la cour de cassation, après l'arrêt de la cour de Liége, s'obstinent à vouloir donner à la loi belge une interprétation qui conduit à des inconséquences que nos voisins du midi déplorent amèrement?

181. Dans l'opinion qui refuse aux créanciers chirographaires les droits que les tiers ont d'opposer le défaut de transcription, il se présente une difficulté sur laquelle il y a controverse. Les créanciers chirographaires ont le droit de saisie; s'ils saisissent un immeuble de leur débiteur, l'aliénation l'emportera-t-elle sur la saisie ou la saisie sur l'aliénation? Dans notre opinion, la solution n'est pas douteuse. Les créanciers peuvent saisir les biens de leur débiteur tant qu'ils ne sont pas vendus, et la vente n'existe à leur égard que lorsqu'elle est transcrite. Dans l'opinion contraire, la question est très-controversée. Nous nous bornons à la poser telle qu'elle se présente d'après la législation française, qui ne considère pas les créanciers chirographaires comme des tiers. On distingue. Si l'aliénation est postérieure à la transcription de la saisie, elle est nulle; le code de procédure le dit. Si l'aliénation est antérieure à cette transcription, alors naît la difficulté que nous avons signalée. Elle a donné lieu à trois systèmes. Si les créanciers chirographaires ne sont pas des tiers, disent les uns, il faut décider que l'aliénation fait tomber leur droit de saisie, car les biens vendus sortent du patrimoine du débiteur, quand même la vente ne serait pas transcrite, les créanciers chirographaires ne pouvant pas invoquer le défaut de transcription. Dans une autre opinion, on soutient que la transcription de la saisie change le droit des créanciers saisissants; de personnel qu'il était, il devient réel, et partant, l'aliénation non transcrite au moment où la saisie est rendue publique ne peut plus leur être opposée. Enfin dans un troisième système on distingue entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires; à ceux-ci on reconnaît le droit de se prévaloir du défaut de transcription; on le refuse aux autres (1). Nous n'entrons

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. II, nos 85 et suiv., et nos 106 et suiv.

pas dans ce débat, puisque, dans la doctrine consacrée par la jurisprudence des cours de Belgique, il ne peut plus se présenter; et si l'on admet l'opinion contraire, la controverse appartient à la procédure.

N° 2. DU CONFLIT ENTRE AYANTS CAUSE D'AUTEURS DIFFÉRENTS.

182. Nous avons supposé jusqu'ici que le conflit né du défaut de transcription s'élève entre des personnes qui tiennent leur droit du même auteur. Les principes que nous avons exposés reçoivent-ils leur application au cas où les droits réels procèdent d'auteurs différents? Je vends un immeuble à Pierre qui ne transcrit pas. Pierre le revend à Paul qui transcrit son titre, sans transcrire celui de son auteur. Peut-on, dans ce cas, lui opposer les actes translatifs de propriété faits par moi, vendeur originaire? par exemple, la vente que j'ai consentie à Primus, après avoir vendu à Pierre? Il faut décider que Paul, quoiqu'il ait transcrit son titre, ne sera pas propriétaire à l'égard de Primus. Nous l'avons déjà décidé ainsi, en remarquant que la transcription n'assure pas toujours la propriété à celui qui l'a opérée (n° 163). C'est ici le lieu de motiver notre décision, car la question est controversée.

Nous avons posé en principe qu'un acte de vente non transcrit n'existe pas à l'égard des tiers; le vendeur reste propriétaire à leur égard et, par conséquent, s'il fait des actes de disposition, ses ayants cause pourront les opposer à l'acquéreur qui n'a point transcrit. Celui-ci n'est propriétaire qu'à l'égard du vendeur, il ne l'est pas à l'égard des tiers auxquels le vendeur transmet des droits réels; or, il ne peut transmettre à ses ayants cause plus de droits qu'il n'en a lui-même, n'étant pas propriétaire à l'égard des tiers, il ne peut pas transmettre à un acheteur la propriété à l'égard des tiers. Vainement cet acquéreur transcrirait-il; la transcription ne donne pas un droit nouveau, elle ne fait que rendre public le droit qui résulte du titre; en vertu de son titre il n'a pu devenir propriétaire à l'égard des tiers, puisque son auteur ne l'était pas; donc malgré la transcription il ne sera pas propriétaire à l'égard des ayants cause

du vendeur primitif; il ne le sera qu'à l'égard des ayants cause de son auteur.

Appliquons ces principes à l'exemple que nous avons donné et que nous avons emprunté à la doctrine; la difficulté ne s'est pas encore présentée devant les tribunaux. Je vends un immeuble à Pierre qui ne transcrit pas. Pierre ne sera propriétaire qu'à mon égard, il ne le sera pas à l'égard des tiers, il n'a donc qu'une propriété relative. Il revend l'immeuble à Paul : quel droit lui transfère-t-il? Une propriété absolue, opposable à tous? Non, car il ne peut pas transmettre à Paul une propriété qu'il n'a point; n'ayant qu'une propriété relative, il ne peut transférer à Paul qu'une propriété relative. Vainement Paul transcrit-il son titre; cette transcription ne lui donne pas des droits que n'avait pas Pierre, son auteur; or, son auteur ne pouvait opposer sa propriété aux tiers ayants cause de son vendeur; dans l'espèce, Pierre ne pouvait opposer son acte à Primus qui tenait son droit de moi, vendeur primitif, resté propriétaire à l'égard des tiers; donc Paul ne peut pas non plus opposer son acte à Primus. Paul dira-t-il qu'ayant transcrit son titre, il doit être propriétaire à l'égard de tous? On lui répondra qu'il ne peut pas avoir plus de droits que son auteur; si Pierre n'avait pas été propriétaire, il est certain que, malgré la transcription, Paul n'aurait pas acquis la propriété de l'immeuble; par identité de raison, Paul ne peut acquérir une propriété absolue, alors que Pierre n'avait qu'une propriété relative. Pierre ne pouvait pas opposer son acte à Primus, mon ayant cause, donc Paul ne le peut pas non plus. Demandera-t-on à quoi sert alors la transcription? Elle consolide la propriété dans les mains de Paul, contre les tiers qui tiennent leur droit de Pierre, son auteur; mais elle ne permet pas à Paul d'opposer sa propriété aux tiers qui tiennent leur droit de moi, vendeur primitif, et resté propriétaire à l'égard des tiers, parce que Pierre n'a pas transcrit son titre.

Cette conséquence, qui paraît choquante quand on ne considère que la situation de Paul, dernier acquéreur, qui s'est conformé à la loi en transcrivant son titre, est très-

naturelle et très-juste quand on considère les droits des tiers, ayants cause de moi, vendeur originaire. Primus achète l'immeuble que j'avais vendu à Pierre et que Pierre a revendu à Paul, sans avoir transcrit : a-t-il un moyen de s'assurer, en consultant le registre aux transcriptions, que moi j'ai vendu l'immeuble à Pierre? Non, car l'acte de vente n'est pas transcrit, donc quand il demande au conservateur s'il y a un acte par lequel j'ai disposé de la chose, le conservateur répondra qu'il n'en existe pas sur ses registres. Il est vrai que Pierre a revendu l'immeuble à Paul, lequel a transcrit : mais tout ce qui résulte de cette transcription, c'est que Pierre figurera comme vendeur sur les registres du conservateur, mais moi je n'y figure pas; et comme les registres ne font connaître que les noms du vendeur et de l'acheteur, et ne mentionnent pas l'immeuble vendu, Primus n'a aucun moyen d'apprendre que l'immeuble qu'il achète est passé dans les mains de Paul; il doit donc croire que moi j'en suis resté propriétaire; partant, la loi doit consolider la propriété dans sa main, contre Paul, sous-acquéreur. Cela est aussi fondé en équité; Paul ne devait pas se contenter de transcrire son titre, il devait s'assurer avant tout si Pierre, son auteur, avait transcrit le sien, et voyant qu'il n'était pas transcrit, il aurait dû refuser de traiter jusqu'à ce que cette transcription fût faite. Il a donc une négligence à se reprocher, tandis que, à Primus, on ne peut faire aucun reproche, il a traité sur la foi du certificat que lui a délivré le conservateur des hypothèques. En définitive, celui qui achète un immeuble, doit exiger que le titre de son auteur soit transcrit, s'il veut être propriétaire à l'égard de ceux qui pourraient avoir acquis des droits de l'auteur de son auteur. Cela est très-logique : si la publicité garantit tous les droits, c'est à la condition que tous les actes translatifs de propriété aient été rendus publics (1).

183. Les mêmes principes s'appliquent quand le conflit existe entre créanciers hypothécaires dont les titres

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 72, n° 448. Aubry et Rau, t. II, p. 315, note 99, et, en sens divers, les auteurs qu'ils citent.

procèdent d'auteurs différents. Je vends un immeuble à Pierre, qui ne transcrit pas, et qui constitue une hypothèque sur cet immeuble à Paul. Je consens ensuite une hypothèque à Primus sur ce même immeuble. Lequel des deux créanciers hypothécaires l'emportera sur l'autre? Pierre n'ayant pas transcrit son titre, moi, vendeur, je suis resté propriétaire à l'égard des tiers; donc j'ai le droit de l'hypothéquer, et l'hypothèque que je consens à Primus est valable à l'égard des tiers. Au contraire, l'hypothèque que Pierre a consentie à Paul n'est pas valable à l'égard des tiers, car n'ayant pas transcrit, il n'est pas propriétaire à l'égard des tiers, il ne peut donc pas consentir une hypothèque opposable aux tiers. Ainsi Primus peut opposer son hypothèque à Paul, tandis que Paul ne peut pas opposer la sienne à Primus; c'est dire que celui-ci l'emportera sur Paul (1).

184. De là suit que l'acquéreur qui veut se mettre à l'abri de l'action hypothécaire des créanciers antérieurs, doit transcrire non-seulement son titre, mais aussi les titres de ses auteurs médiats. Vente successive d'un immeuble à Pierre et à Paul. Lors de la vente à Pierre, l'immeuble était grevé, au profit de Primus, d'une hypothèque non inscrite; si Pierre avait transcrit, il aurait affranchi son immeuble de cette hypothèque, puisque le créancier ne peut plus inscrire l'hypothèque après la transcription de la vente. Mais Pierre n'ayant pas transcrit, le créancier hypothécaire conserve son droit, et il peut toujours prendre inscription. Pierre revend l'immeuble à Paul, il le vend tel qu'il le possédait, c'est-à-dire grevé d'une hypothèque non inscrite, mais que le créancier pouvait faire inscrire; donc le créancier hypothécaire conserve son droit contre Paul. Si Paul transcrit, Primus, le créancier hypothécaire, perdra-t-il son droit, en ce sens qu'il ne peut plus l'inscrire? Non, car le créancier ayant conservé son droit contre Pierre, celui-ci ne peut pas transmettre à Paul plus de droits qu'il n'en a lui-même; il possédait un

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 317, note 100, § 209, et, en sens divers, les auteurs qu'ils citent.

immeuble grevé d'une hypothèque, quoique non inscrite, il transmet donc à Paul une propriété grevée d'une hypothèque que le créancier peut toujours inscrire. Vainement Paul transcrira-t-il son titre; cette transcription le met, à la vérité, à l'abri de l'inscription que pouvaient prendre les créanciers de son auteur, Pierre; elle ne le met pas à l'abri de l'inscription du créancier antérieur, Primus, qui peut prendre inscription tant que Pierre n'a pas transcrit; il faut donc que Paul ait soin de faire transcrire l'acte de Pierre, avant d'acheter, et de transcrire son titre; s'il ne le fait pas, l'hypothèque de Primus pourra être inscrite après la transcription de son titre, comme elle pouvait l'être contre son auteur. On applique le principe que nous venons d'exposer sur le conflit de deux acquéreurs dont les titres procèdent d'un auteur différent (n° 182). Le dernier acquéreur se plaindrait vainement de ce que, malgré la transcription, l'immeuble reste grevé de l'hypothèque de Primus, qui tenait son droit du vendeur primitif. Il a eu tort de traiter avec Paul sans exiger la transcription de l'acte par lequel Pierre, l'auteur de Paul, est devenu propriétaire, car c'est seulement après cette transcription que Pierre est affranchi des hypothèques consenties par son auteur, et non inscrites. Primus, créancier hypothécaire, n'est pas mis en demeure par une transcription d'un acte de vente où ne figure pas son débiteur. Quant à l'acte de vente où son débiteur figure, il ne peut lui être opposé, puisque cet acte n'est pas transcrit. Donc, à son égard, l'immeuble est toujours dans le patrimoine du débiteur qui lui a concédé l'hypothèque; partant, il peut prendre inscription, tant que l'acte par lequel son débiteur a aliéné l'immeuble n'a pas été transcrit (1).

N° 3. QUELLES SONT LES PERSONNES QUI NE PEUVENT PAS SE PRÉVALOIR DU DÉFAUT DE TRANSCRIPTION.

183. La transcription est prescrite dans l'intérêt des tiers; elle est étrangère aux rapports des parties contrac-

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 251, nos 595-600.

tantes. Il suit de là que celles-ci ne peuvent pas invoquer le défaut de transcription pour s'affranchir des obligations que le contrat non transcrit leur impose. L'acheteur est propriétaire à l'égard du vendeur, et celui-ci a l'action née de la vente contre l'acheteur.

Faut-il aller plus loin et dire que le vendeur cesse d'être propriétaire non-seulement à l'égard de l'acheteur, mais aussi à l'égard des ayants cause de l'acheteur? Nous parlons des ayants cause à titre particulier. La question est très-importante, en matière de privilége; nous y reviendrons. Pour le moment il faut poser le principe; ce que nous dirons des droits du vendeur privilégié n'en est qu'une conséquence. Le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers, en quel sens? Est-ce seulement en ce sens que les actes de disposition qu'il fait postérieurement à la vente sont valables à l'égard des tiers? Ou le vendeur peut-il aussi invoquer le principe à son profit, et se prétendre encore saisi de la propriété de l'immeuble à l'égard des ayants cause de l'acheteur, tels qu'un sous-acquéreur ou un créancier hypothécaire? A notre avis, le vendeur reste propriétaire à l'égard de tous, sauf à l'égard de l'acheteur et de ses héritiers et de ses successeurs universels. C'est la conséquence logique du principe que la vente non transcrite n'a d'effet qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers. Sans doute, ce principe a été établi dans l'intérêt des tiers et non dans l'intérêt du vendeur. Mais on ne peut pas scinder le principe et dire que le vendeur sera propriétaire si l'intérêt des tiers l'exige, et qu'il ne sera pas propriétaire si l'intérêt des tiers demande qu'il ne le soit pas. En effet, une vente non inscrite est une vente inexistante; or, ce qui n'existe pas ne peut avoir aucun effet : et tous ceux qui sont intéressés à se prévaloir de la non-existence du contrat en ont le droit; donc le vendeur peut invoquer l'inexistence du contrat, comme les tiers peuvent l'invoquer. L'acheteur revend : le sous-acquéreur est-il propriétaire à l'égard du vendeur? Le vendeur et le sous-acquéreur sont des tiers l'un à l'égard de l'autre. Or, le principe est que le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers; si le vendeur est propriétaire à l'égard du sous-

acquéreur, il est impossible que le sous-acquéreur le soit à l'égard du vendeur. Ce qui prouve que telle est la théorie de la loi, c'est que le vendeur peut aliéner et hypothéquer l'immeuble; ces actes sont valables à l'égard de l'acheteur qui a négligé de transcrire; or, si le vendeur a le droit d'aliéner et d'hypothéquer, il est impossible que l'acquéreur ait ce droit; il ne peut pas y avoir deux propriétaires exclusifs de la même chose à l'égard des tiers; si le vendeur l'est, l'acquéreur ne l'est pas. Donc le vendeur peut opposer son droit au sous-acquéreur.

186. Si la vente existe entre les parties, elle existe aussi à l'égard de leurs héritiers et successeurs universels; ceux-ci succèdent aux droits de leur auteur, comme ils sont tenus de ses obligations; les contrats ont donc à leur égard le même effet qu'entre les parties contractantes, car ils y sont parties. Peu importe que les héritiers acceptent la succession sous bénéfice d'inventaire, car l'héritier bénéficiaire représente le défunt aussi bien que l'héritier pur et simple, sauf qu'il n'est tenu des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument (1).

Sous l'empire du code civil, il y avait controverse sur le point de savoir si les héritiers du donateur pouvaient opposer aux donataires le défaut de transcription; cette controverse tombe, parce que les donations sont régies par la loi nouvelle; et, d'après l'article 1er de notre loi hypothécaire, il n'y a que les *tiers* qui puissent se prévaloir du défaut de publicité, et les héritiers des parties ne sont certes pas des tiers. On fait cependant des objections en leur faveur contre le principe de la loi nouvelle. Si, dit-on, les actes du défunt ont effet à leur égard, ils pourront être trompés, puisqu'ils accepteront une succession qu'ils auraient répudiée si ces actes avaient été transcrits (2). Cela est très-vrai, mais cet ordre d'idées est étranger à la transcription; elle n'a pas été établie dans l'intérêt des héritiers, elle a été établie dans l'intérêt des tiers, comme garantie de la propriété et du crédit. Aux héritiers, la loi

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 83, n° 64. Troplong, *De la transcription*, p. 301, nos 144 et 145.
(2) Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 49, n° 435.

a donné une autre garantie, celle du bénéfice d'inventaire. Fallait-il aller plus loin et étendre aux héritiers le principe de la publicité? Une publicité complète serait peut-être la meilleure des garanties; mais si l'on peut l'obtenir pour les transactions immobilières, il est difficile de l'organiser pour les dettes.

187. Voici une application de ces principes. Le défunt, après avoir vendu un immeuble à Pierre, qui ne transcrit pas, le vend à Paul, son héritier présomptif, qui transcrit. Paul accepte la succession purement et simplement. Peut-il opposer son acte transcrit à l'acte non transcrit de Pierre? Non, il ne le peut comme héritier du vendeur; car, à ce titre, il doit garantir la vente, et celui qui doit garantie ne peut pas évincer celui à qui il la doit. Il en serait ainsi quand même il y aurait plusieurs héritiers; on peut objecter que si Paul n'est héritier que pour une part, il n'est tenu de la garantie que pour sa part héréditaire; nous répondons, et la réponse est péremptoire, que l'exception de garantie que lui opposerait Pierre, premier acheteur, est indivisible, comme nous l'avons dit au titre de la *Vente*.

Il n'y a de doute que dans l'espèce suivante. Paul, héritier présomptif et acheteur, accepte sous bénéfice d'inventaire; peut-il, dans ce cas, faire valoir son droit contre Pierre? Nous le croyons; par la raison que l'héritier peut faire valoir les droits personnels qui lui appartiennent; à cet égard, il est un tiers. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Successions*. On objecte que cette décision est en contradiction avec ce que nous venons de dire (n° 186), à savoir que l'héritier, même bénéficiaire, ne peut pas soutenir que les immeubles dont le défunt a disposé par des actes non transcrits sont encore dans son patrimoine; tandis que nous prétendons maintenant qu'il peut opposer le défaut de transcription à un acquéreur qui n'a point transcrit. La contradiction n'est qu'apparente, car les deux hypothèses diffèrent; dans la première, l'héritier bénéficiaire n'a d'autre qualité que celle d'héritier et, à ce titre, il ne peut se prévaloir du défaut de transcription; dans la seconde hypothèse, il se prévaut, non de sa qualité d'héritier, mais de sa qualité d'acheteur; or, l'un des

effets du bénéfice d'inventaire est que l'héritier bénéficiaire conserve les droits propres qui lui appartiennent en vertu d'actes passés avec le défunt (1).

188. Que faut-il décider des légataires à titre particulier? Sont-ils des tiers dans le sens de l'article 1er de la loi hypothécaire? On enseigne la négative. La question paraît tranchée par le texte même de la loi belge; les actes non transcrits, dit l'article 1er, ne peuvent être opposés aux tiers qui *contractent* sans fraude; ces termes excluent, dit-on, le légataire qui ne contracte pas (2). N'est-ce pas s'attacher trop à la lettre de la loi? Nous avons dit plus haut que la loi a un sens plus général, qu'elle pose le principe que l'acte non transcrit n'existe pas à l'égard des tiers (n° 159), et nous venons d'appliquer ce principe au vendeur (n° 185). A notre avis, le légataire peut aussi l'invoquer. On suppose qu'après avoir vendu un immeuble, le testateur le lègue. Le légataire n'est pas le représentant du défunt, il n'a pas figuré au contrat, il est donc un tiers; comme tel, il a intérêt à opposer le défaut de transcription. A son égard, le testateur était encore propriétaire, donc il a pu disposer de la chose; s'il l'avait donnée, le donataire aurait pu se prévaloir du défaut de transcription (n° 168); si le donataire l'emporte sur l'acheteur qui n'a pas transcrit, pourquoi le légataire ne l'emporterait-il pas? Est-ce parce qu'il n'a pas *contracté?* Mais en quel sens le donataire contracte-t-il? Il ne s'oblige pas, il consent à recevoir; en ce sens, le légataire contracte également, car il consent également; aussi Pothier qualifiait-il l'acceptation de quasi-contrat. Il y a un argument plus décisif dans le texte même de notre loi. L'article 5 dit que la cession d'une créance hypothécaire ne peut être opposée aux *tiers,* si elle n'a été rendue publique par la voie de l'inscription; la loi ne parle plus de *contracter,* il suffit que l'on soit un tiers pour que l'on puisse repousser une cession non inscrite; donc le légataire

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 310, note 88, § 209, et les auteurs en sens divers qu'ils citent.

(2) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 98, n° 75. Casier, *Etudes sur la loi hypothécaire,* p. 45, n° 29. Les auteurs français se prononcent aussi contre le légataire, pour un motif pris dans le texte de la loi de 1855 (Aubry et Rau, t. II, p. 311, note 90, § 209).

pourrait se prévaloir du défaut d'inscription de la cession d'une créance qui lui a été léguée; s'il est un tiers pour les *cessions*, il l'est aussi pour les *actes translatifs de droits réels* immobiliers, car l'article 5 ne fait qu'appliquer le principe de l'article 1er : on ne concevrait pas qu'il y eût deux principes différents pour des actes identiques.

189. Ceux qui sont chargés de faire faire la transcription peuvent-ils opposer le défaut de transcription? Le code civil prévoit la difficulté pour les donations. Aux termes de l'article 941, les personnes qui sont chargées de faire transcrire ne peuvent se prévaloir du défaut de transcription. La loi hypothécaire n'a pas reproduit cette disposition; en faut-il conclure qu'elle est abrogée? Loin d'être abrogée, elle est maintenue implicitement par la loi nouvelle. En effet, d'après l'article 1er, il n'y a que les parties qui ont contracté *sans fraude* qui puissent opposer le défaut de transcription; ce qui exclut les tiers qui, en contractant, avaient connaissance de l'acte non transcrit; or, ceux qui sont chargés de transcrire ont nécessairement connaissance de l'acte qu'ils doivent rendre public; car quelles sont les personnes que la loi charge de transcrire? Ce sont les administrateurs légaux des incapables ou des établissements publics; or, ce sont eux qui figurent dans les actes, leur devoir est de compléter ces actes par la transcription; si, au lieu d'assurer les droits des incapables, ils contractent au préjudice des incapables, on peut dire, à la lettre, qu'ils sont coupables de fraude, car ils dépouillent ceux qu'ils ont mission de protéger. La loi n'a pas pu leur permettre de se prévaloir de la violation de leur devoir pour s'avantager au préjudice des incapables. Ainsi les mandataires légaux sont exclus en vertu des principes généraux, abstraction faite de l'article 941. Par application des mêmes principes, il faut exclure les mandataires conventionnels; il y a même motif de décider (1).

190. L'article 941 ajoute que les *ayants cause* des personnes chargées de faire transcrire ne peuvent pas non

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 98, nos 76 et 77. Comparez Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 59, no 440.

plus opposer le défaut de transcription. Que faut-il entendre ici par *ayants cause?* La question était controversée sous l'empire du code civil, elle ne peut guère l'être sous la loi nouvelle; et c'est la loi nouvelle qui doit recevoir son application, en tant que l'article 941 dérogerait au droit commun (n° 165). Il n'y a pas de doute quant aux ayants cause à titre universel; successeurs du défunt, ils sont tenus de ses obligations et de l'inexécution de ces obligations; si le défunt ne pouvait se prévaloir de la violation de son devoir, ils ne le peuvent pas plus que lui. Il n'en est pas de même des ayants cause à titre particulier. Ils sont des tiers dans le sens de l'article 1er de la loi hypothécaire; donc ils peuvent, comme tout tiers, opposer le défaut de transcription. Si donc on admettait que, sous le nom d'*ayants cause*, l'article 941 comprend les ayants cause à titre particulier, il faudrait dire qu'il est abrogé par l'article 1er de la loi nouvelle; car il serait en contradiction avec la règle que cette disposition consacre (1).

191. Pour que les tiers puissent opposer le défaut de transcription, il faut, d'après l'article 1er de la loi hypothécaire, qu'ils aient contracté *sans fraude*. Que faut-il entendre ici par fraude? Ce n'est pas la fraude qui donne lieu à l'action paulienne, c'est-à-dire la fraude concertée entre le tiers et l'auteur de la première convention pour frustrer celui qui a acquis un droit en vertu de l'acte qu'il a négligé de faire transcrire; il était inutile de réserver l'action paulienne, puisqu'elle est de droit. Les travaux préparatoires prouvent, du reste, que telle n'était pas l'intention des auteurs de la loi belge. On suppose que le second acquéreur, en traitant avec le vendeur qui avait déjà aliéné, connaissait l'existence de la vente. Cela suffit, dit le rapporteur de la commission de la chambre des représentants, pour qu'il soit de mauvaise foi et pour qu'il soit repoussé par l'exception de dol; tandis que le seul fait de la connaissance de la première vente ne suffirait point pour qu'il y eût lieu à l'action paulienne. M. Lelièvre invoque, à l'appui

(1) Comparez Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 62, n° 442. Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 20, n° 847.

de ce principe, ce que l'article 1141 dit en cas de deux ventes successives du même objet mobilier; la loi donne la préférence à l'acheteur qui est de bonne foi (1). L'analogie n'est pas aussi décisive qu'on pourrait le croire; au titre des *Obligations*, nous avons dit que l'article 1141 n'est qu'une application de l'article 2279, ou une conséquence de la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre; or, cette maxime n'est pas admise en matière de vente immobilière; entre deux acheteurs, ce n'est pas la possession qui décide, ce sont les titres; et dès qu'un titre est transcrit, il l'emporte sur celui qui ne l'est pas. La loi hypothécaire déroge donc à la rigueur des principes. Ce n'est cependant pas, à proprement parler, une exception; d'après les termes mêmes de la loi, c'est une condition requise pour que le tiers puisse opposer le défaut de transcription, et la condition s'explique par le but que le législateur a eu en vue en prescrivant la publicité; il a voulu avertir les tiers de l'existence des actes dont l'ignorance pourrait leur causer préjudice; or, si le second acheteur sait que l'immeuble qu'il acquiert a déjà été vendu par un acte non transcrit, certes il ne pourra pas dire qu'il ignorait cet acte et qu'il serait trompé et lésé, si l'on pouvait le lui opposer. La situation est toute différente. Le second acheteur traite en parfaite connaissance de cause; il ne peut pas dire que légalement il est censé ignorer l'acte, puisqu'il n'a pas été transcrit. Ce serait invoquer la loi contre l'esprit de la loi. La législateur a pour but de protéger la bonne foi des tiers; or, dans l'espèce, c'est un tiers de mauvaise foi qui veut traiter au préjudice d'un premier acquéreur, en le privant du bénénéfice de son acquisition; l'intérêt des tiers n'est plus en cause, donc le second acquéreur ne peut invoquer cet intérêt contre le premier; c'est dire qu'il ne peut pas opposer le défaut de transcription.

Toutefois les conséquences qui résultent du principe admis par la loi peuvent être préjudiciables aux tiers. Le second acheteur est de mauvaise foi, il revend la chose à un tiers de bonne foi. Celui-ci peut-il opposer son acte au

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 115).

premier acquéreur qui n'a pas transcrit? Non, car il n'a pas plus de droit que son auteur; or, celui-ci, à raison de sa mauvaise foi, n'était pas devenu propriétaire; donc il n'a pu transférer la propriété au troisième acquéreur. Celui-ci, quoiqu'il soit un tiers de bonne foi, est donc lésé par le système de la loi (1). On s'en est prévalu pour critiquer la loi. A vrai dire, le dernier acquéreur n'est pas en perte, à raison du principe consacré par l'article 1er, il subit les conséquences du droit commun, d'après lequel celui qui a un titre vicié ne peut transmettre qu'un titre également vicié (n° 163).

192. Le code civil établissait un principe différent. En matière de substitution, il y avait une disposition formelle; aux termes de l'article 1071, « le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription. » La jurisprudence appliquait ce principe aux donations. Il y a donc, sous ce rapport, opposition entre la loi ancienne et la loi nouvelle. Qu'en doit-on conclure? Pour ce qui regarde les donations, la décision n'est pas douteuse, puisque la loi hypothécaire remplace le code Napoléon en ce qui concerne la transcription des donations entre-vifs. On peut admettre la même décision pour les substitutions faites par acte entre-vifs : elles tombent sous l'application de l'article 1er de la loi hypothécaire, qui parle des donations en général. Mais que dire des substitutions faites par testament? On ne peut plus dire que la loi nouvelle remplace le code Napoléon, parce que la loi hypothécaire ne soumet pas les dispositions testamentaires à la publicité; le code civil reste donc en vigueur, comme exception à la règle établie par la loi générale des hypothèques. Ainsi l'article 1071 s'appliquera aux substitutions faites par testament et il ne s'appliquera pas aux substitutions faites par donation. Cela est légal, mais cela n'en est pas moins absurde, car cela aboutit à admettre deux principes contraires pour un seul et même fait, les substitu-

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 84, nos 67-69.

tions (1). Le législateur belge, comprenant les donations dans le système de publicité qu'il organisait, aurait dû reviser les dispositions du code civil concernant les substitutions, pour les mettre en harmonie avec la loi nouvelle.

193. Un acheteur ne transcrit pas l'acte de vente. Il revendique l'immeuble contre un tiers qui le possède sans titre. L'usurpateur peut-il lui opposer le défaut de transcription? Non, de l'avis de tous. Mais quel est le vrai motif de décider? Troplong répond que l'usurpateur n'est protégé par aucune loi (2); cela n'est pas exact, car il a les droits attachés à la possession. S'il ne peut se prévaloir du défaut de transcription, la raison en est que la transcription est hors de cause, dans l'espèce; elle est établie dans l'intérêt des tiers et dans un intérêt général; or, l'intérêt général ne commande certes pas que l'usurpateur l'emporte sur le propriétaire; et quand le débat s'élève entre celui qui a un titre et celui qui n'en a pas, il va sans dire que celui qui a un droit doit l'emporter sur celui qui n'en a point.

Il suit de là que la décision devrait être la même si le tiers était possesseur de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il possédait en vertu d'un titre dont il connaît les vices. Le véritable propriétaire peut-il revendiquer sa chose contre le possesseur de mauvaise foi, quoiqu'il n'ait pas transcrit son titre? Si le défendeur n'a pas transcrit le sien, la question est la même que celle que nous venons de décider; ce n'est pas une question de transcription, le débat existe entre celui qui a un droit et celui qui n'en a point. Si le défendeur a transcrit son titre, il y a un léger motif de douter; entre deux parties dont l'une a transcrit et dont l'autre n'a pas transcrit, n'est-ce pas celle qui a fait transcrire son titre qui doit l'emporter? Oui, si leurs titres sont de même nature. Mais si le titre de l'un émane du vrai propriétaire, tandis que le titre de l'autre émane d'un auteur qui n'était pas propriétaire, le premier doit l'emporter sur

(1) Martou, *Commentaire*, t. I. p. 92, n°s 70-72. Comparez, en sens contraire. Casier, *Études*, p. 47, n° 31; Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 56, n° 111.
(2) Troplong, *De la transcription*, p. 311, n° 152. Comparez Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 89, n° 913.

le second. Vainement celui-ci dirait-il qu'il a transcrit, la transcription n'empêche pas que son titre soit vicié; le débat, encore une fois, porte, non sur la transcription, mais sur la propriété (1). Il en est ainsi dans tous les cas où les titres sont en cause.

194. Il peut arriver qu'aucune des parties n'ait transcrit. Si le titre de l'une d'elles est vicié, on applique ce que nous venons de dire : c'est une question de propriété. Si le titre des deux parties est le même, chacune d'elles ayant acquis la chose du même auteur, le défendeur pourra-t-il opposer au demandeur le défaut de transcription? Non, la transcription est hors de cause, puisque le défendeur ne peut invoquer une loi que lui-même n'a pas observée. Les parties sont régies par les principes du code civil, la loi nouvelle étant inapplicable. Il faut donc décider que celui dont le titre est le plus ancien l'emportera (2).

§ III. *Des actes déclaratifs de propriété.*

195. Le partage doit être transcrit pour avertir les tiers que l'indivision a cessé, et que le droit indivis appartenant aux héritiers sur tous les objets de la succession a fait place à un droit divisé portant sur les objets mis dans son lot. Quels sont ces tiers? La loi met le partage absolument sur la même ligne que les actes translatifs de propriété; le principe qu'un acte soumis à la transcription n'existe pas à l'égard des tiers, s'il n'a pas été transcrit, est donc applicable aux actes déclaratifs. Il suit de là qu'il faut entendre par *tiers* tous ceux qui n'ont pas figuré au partage. Si un tiers créancier était intervenu au partage, il ne pourrait pas opposer le défaut de transcription, car il n'est plus un tiers, puisqu'il est devenu partie à l'acte par son intervention. Mais tous ceux qui, n'ayant pas figuré à l'acte de partage, ont intérêt à repousser cet acte le peu-

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 319, note 104, § 209.
(2) Troplong, *De la transcription*, p. 311, n° 151. Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 420, n° 1273. Comparez Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 154, n° 516.

vent, si l'acte n'a pas été transcrit. Ce qui veut dire qu'à leur égard le partage n'existera pas ; par conséquent, la succession sera encore indivise, et les droits de toutes les parties seront réglés par les principes qui régissent l'indivision.

196. Quels sont les droits des héritiers pendant l'indivision ? Ils peuvent disposer des biens de la succession, les vendre, les hypothéquer ; les actes qu'ils font seront valables si le bien aliéné ou hypothéqué tombe dans leur lot. De là le droit que les acquéreurs ou les créanciers hypothécaires ont d'intervenir au partage pour veiller à la conservation de leurs intérêts. La transcription leur donne une nouvelle garantie. D'abord les tiers peuvent traiter avec les héritiers, sur leurs droits indivis, tant que le partage n'est pas transcrit ; car le partage non transcrit ne peut leur être opposé, il est considéré comme non existant à l'égard des acquéreurs et des créanciers hypothécaires. Si donc, postérieurement au partage non transcrit, l'un des copartageants vendait ou hypothéquait un immeuble de la succession comme indivis, ces actes seraient valables ; les copartageants ne pourraient pas opposer le partage à l'acquéreur ou au créancier hypothécaire, puisque le partage non transcrit n'existe pas à l'égard des tiers.

La publicité du partage donne une autre garantie aux tiers. Tous ceux qui y ont intérêt peuvent s'opposer à ce qu'il soit procédé au partage hors de leur présence, et ils ont le droit d'y intervenir. Sous l'empire du code civil, ce droit ne pouvait plus être exercé lorsque le partage était fait. D'après la loi nouvelle, un partage non transcrit ne peut être opposé aux tiers ; l'indivision subsiste donc, et les tiers peuvent toujours former opposition et provoquer, par conséquent, un nouveau partage où ils interviendront. On voit que la transcription à elle seule ne suffit point pour sauvegarder les intérêts des tiers. Celui qui a acheté un droit indivis, ou qui a stipulé une hypothèque sur un immeuble indivis doit d'abord faire transcrire ou inscrire son titre, pour qu'il puisse l'opposer à un second acquéreur ou à un second créancier hypothécaire ; puis il doit former opposition et intervenir au partage. C'est ce droit d'inter-

vention qui constitue sa garantie essentielle; s'il n'intervient pas, et si les héritiers procèdent au partage et transcrivent, il n'a plus aucune action. Mais si les héritiers négligent de transcrire le partage, le droit d'opposition et d'intervention des tiers subsiste.

197. Les tiers créanciers chirographaires peuvent aussi invoquer le bénéfice de la loi nouvelle; ce que nous avons dit du droit des créanciers, en ce qui concerne les actes translatifs (n°s 173-181), s'applique aux actes déclaratifs. Seulement les créanciers chirographaires n'ont rien à transcrire, puisqu'ils n'ont pas de droit soumis à la transcription. Mais ils peuvent former opposition et intervenir au partage; sous ce rapport, leurs droits sont les mêmes que ceux des créanciers hypothécaires ou des tiers acquéreurs. Ils peuvent former opposition tant qu'il n'y a point de partage transcrit. Un partage non transcrit ne peut leur être opposé, car ce partage n'existe pas à l'égard des tiers.

§ IV. *Des baux.*

N° 1. DES BAUX DE PLUS DE NEUF ANS.

198. La loi hypothécaire soumet à la transcription les baux qui excèdent neuf années. C'est dans l'intérêt des tiers que la loi prescrit la publicité des baux qui dépassent le terme ordinaire. Quels sont les tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription? Il faut voir avant tout quelle est la conséquence de la non-transcription du bail? En général, un acte assujetti à la transcription et qui n'est pas transcrit ne peut être opposé aux tiers, il est considéré comme inexistant à leur égard. Ce principe ne s'applique pas aux baux (n° 161); d'après l'article 1er de la loi hypothécaire, si les baux n'ont pas été transcrits, la durée en sera réduite conformément à l'article 1429 du code civil. Ainsi le bail non transcrit n'est pas nul à l'égard des tiers, il est seulement réductible, en ce sens que le preneur ne peut opposer son bail aux tiers que pour la période de neuf ans dans laquelle il se trouve. Quand donc on dit qu'un bail excédant neuf ans doit être transcrit dans l'intérêt des

tiers, cela veut dire que les tiers peuvent demander la réduction du bail à un terme de neuf ans.

199. Quels sont les tiers qui peuvent opposer le défaut de transcription? Sous ce rapport, la loi ne fait pas de différence entre les baux et les actes translatifs de propriété. L'article 1[er] commence par dire que les actes translatifs de propriété immobilière doivent être transcrits, et que jusqu'à la transcription ils ne peuvent être opposés aux tiers qui ont contracté sans fraude; puis le deuxième alinéa ajoute : « *Il en sera de même* des baux excédant neuf années. » Donc ces baux ne peuvent être opposés aux tiers tant qu'ils ne sont pas transcrits. Mais le droit des tiers n'est pas aussi étendu en ce qui concerne les baux qu'en ce qui concerne les actes translatifs de propriété. Ils ne peuvent pas rejeter le bail, comme ils peuvent repousser la vente, et dire qu'un acte non transcrit n'existe pas à leur égard : le bail, quoique non transcrit, existe, mais il est réductible.

Quels sont les tiers qui en peuvent demander la réduction? Les tiers acquéreurs et les créanciers hypothécaires. Cela est d'évidence. On demande si un second preneur, à qui le bailleur aurait consenti un bail après avoir loué la chose à un premier preneur, lequel n'a point transcrit, peut se prévaloir du défaut de transcription du premier bail? D'après ce que nous venons de dire, le second preneur, pas plus que tout autre tiers, ne peut prétendre que le premier bail est inexistant à son égard, il peut seulement en demander la réduction à un terme de neuf ans. Le premier preneur peut donc opposer son bail à un preneur postérieur pour la période de neuf ans dans laquelle il se trouve; la question que nous examinons consiste à savoir si le second preneur qui a transcrit peut exercer son droit contre le premier à l'expiration du terme de neuf ans pour lequel la loi maintient le bail non transcrit. L'affirmative nous paraît certaine; elle est d'évidence dans l'opinion que nous avons enseignée sur le droit des créanciers chirographaires. S'ils sont compris parmi les tiers, quand il s'agit d'une vente ou d'un partage, ils doivent aussi avoir les droits des tiers quand il s'agit d'un bail. Dans l'opinion

contraire, il y a un motif de douter. Le bail ne confère pas de droit réel au preneur, celui-ci n'est donc qu'un créancier personnel; et, à ce titre, il ne peut se prévaloir du défaut de transcription. On répond, et la réponse est décisive, que la loi met le bail sur la même ligne que les droits réels immobiliers, en ce qui concerne la transcription; si le preneur est assimilé à un acheteur et à un créancier hypothécaire, en ce qui concerne l'obligation de transcrire, la conséquence logique est qu'il a aussi les mêmes droits; s'il doit transcrire, il doit aussi avoir le droit de se prévaloir du défaut de transcription. Les auteurs de la loi française sur la transcription ont compris qu'il y avait une espèce d'inconséquence à soumettre le bail à la même formalité que les droits réels; le rapporteur dit que c'est une invasion dans le domaine des droits personnels. A vrai dire, il n'y a pas d'inconséquence; pourquoi la loi ordonne-t-elle la transcription de certains actes? Dans l'intérêt des tiers. Or, qu'importe aux tiers que l'acte qu'on leur oppose soit un droit personnel ou un droit réel, si la clandestinité de cet acte leur est préjudiciable? Or, le bail leur causerait un préjudice, si, étant à long terme, il pouvait leur être opposé. Par identité de motifs, un preneur à long terme doit avoir le droit d'opposer son bail à tout tiers, donc aussi à un premier preneur. C'est l'opinion assez généralement suivie (1).

Il faut ajouter une restriction au droit du second preneur; il ne peut opposer son bail au premier preneur que s'il a contracté dans l'ignorance du premier bail; s'il le connaissait lorsqu'il a traité avec le propriétaire, il est de mauvaise foi, et, par suite, on doit lui appliquer la disposition de l'article 1er, d'après laquelle les tiers ne peuvent opposer le premier bail que lorsqu'ils ont agi sans fraude. Tel était aussi notre ancien droit dans les coutumes qui exigeaient la transcription des baux (2).

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 120, n° 91. Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 420, n° 1273. Aubry et Rau, t. II, p. 307, note 78, § 209, et p. 158, note 13, § 174. Comparez, en sens contraire, Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 51, n° 101. Mourlon, t. I, p. 123, n° 495.

(2) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 121, n° 92. Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 420, n° 1274.

200. Le bail non transcrit ne peut être opposé aux tiers, en ce sens qu'ils peuvent en demander la réduction conformément à l'article 1429. Cet article est ainsi conçu : « Les baux que le mari seul a faits des biens de sa femme pour un temps qui excède neuf ans, ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obligatoires vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers que pour le temps qui reste à courir soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve. » L'application de cette disposition aux baux non transcrits souffre quelque difficulté. Il faut voir quel est le tiers qui se prévaut du défaut de transcription.

Si c'est l'acquéreur de l'immeuble donné à bail pour plus de neuf ans, on peut appliquer à la lettre l'article 1429. Le droit de l'acquéreur s'ouvre au moment où il est devenu propriétaire à l'égard du preneur, c'est-à-dire lors de la transcription de son titre. A partir de ce moment, le preneur a seulement le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve. Reste à déterminer le commencement du bail. Le bail n'ayant pas été transcrit, on reste sous l'empire des principes du code civil ; pour que le bail puisse être opposé à l'acquéreur, il doit avoir date certaine ; c'est donc l'acte de bail qui déterminera la période de neuf ans dans laquelle les parties se trouvent, et le bail cessera de plein droit à la fin de ce terme. Si, lors de la vente, la période de neuf ans était sur le point d'expirer, l'acquéreur devrait-il laisser au preneur le délai d'usage que le bailleur doit observer, pour donner congé, d'après l'article 1736? On l'enseigne ainsi (1). Cela nous paraît très-douteux ; l'acquéreur n'est pas dans la situation du bailleur, à son égard le bail n'existe pas, au delà du terme de neuf ans ; il ne peut donc avoir aucune obligation à l'égard du preneur. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre du *Louage*, sur le droit de l'acquéreur quand le bail n'a point date certaine. A plus forte raison l'acqué-

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 124, n° 96.

reur ne doit-il aucune indemnité au preneur (art. 1750) (1).

Si c'est un créancier hypothécaire qui se prévaut du défaut de transcription, l'application de l'article 1429 donne lieu à un doute. On peut soutenir que le bail non transcrit n'a aucun effet à l'égard du créancier hypothécaire. En effet, le preneur n'a qu'un droit de créance qu'il ne peut opposer qu'au bailleur; l'article 1743 fait exception à ce principe en cas de vente, sous condition que le bail ait date certaine; cette exception ne peut pas être étendue au préjudice d'autres tiers; le créancier hypothécaire ne doit donc pas respecter le bail, d'après le code civil. D'après le code de procédure, il faut distinguer; en cas d'expropriation, les créanciers saisissants peuvent demander la nullité du bail s'il n'a pas date certaine; donc, s'il a date certaine, ils doivent respecter le bail (code de proc., art. 691). La loi du 15 août 1854 sur l'expropriation forcée a modifié le code français, en ce sens qu'elle déclare nuls les baux consentis par le saisi après la transcription du commandement ou de l'exploit de saisie; et les baux consentis même après le commandement non transcrit sont également nuls, s'ils excèdent neuf ans ou s'ils contiennent quittance de trois années au moins de loyer (art. 25).

Les baux antérieurs au commandement, s'ils ont date certaine, doivent donc être respectés par le créancier saisissant, bien entendu dans les limites de la loi hypothécaire. En définitive, les créanciers hypothécaires sont mis sur la même ligne que les tiers acquéreurs : le bail est valable à leur égard, mais réductible. Naît alors la question de savoir quel moment il faut considérer pour déterminer la limite de la période de neuf ans, pour laquelle le bail est maintenu : est-ce la date de l'inscription de l'hypothèque? ou celle de la poursuite en expropriation? ou celle du jugement d'adjudication? La question est controversée. Il nous semble qu'il faut appliquer, par analogie, le principe qui régit les tiers acquéreurs; il y a lieu de limiter le droit du preneur quand il se trouve en conflit avec celui du créan-

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 125, n°s 97 et 98. En sens contraire, Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 34, n° 57.

cier hypothécaire; or, le conflit n'existe pas du moment où l'hypothèque prend naissance, car l'action hypothécaire ne sera peut-être jamais exercée; il y a conflit quand le créancier agit en expropriation contre le détenteur, donc contre le preneur; dès ce moment, le droit du preneur est réduit au terme de neuf ans dans lequel il se trouve; le jugement d'adjudication, comme tout jugement, rétroagit, le créancier devant profiter de son action dès qu'elle est introduite (1).

Reste le second preneur, qui peut opposer son bail transcrit à un preneur qui n'a point opéré la transcription. Le droit du preneur, de même que celui de l'acquéreur, naît dès que le contrat est parfait; seulement il ne peut l'exercer contre un tiers qu'après qu'il a transcrit. Est-ce le cas, dans l'espèce, d'appliquer le principe? Oui, puisque le preneur invoque sa transcription contre le preneur qui a négligé de transcrire. Le premier preneur ne pourra donc continuer son bail que pendant la durée de la période de neuf ans, commencée lors de la transcription du second bail.

201. Le preneur qui a transcrit son bail a le droit de l'opposer aux tiers qui ont un droit sur la chose louée, si ce droit n'avait pas été rendu public lors de la transcription du bail. C'est l'application au preneur du principe qui régit tous les actes soumis à la transcription. Il suit de là que si l'acquéreur de l'immeuble loué ne transcrit pas, le preneur peut lui opposer son bail, quelle qu'en soit la durée et quoique la vente soit antérieure au bail; peu importerait encore que l'acte de vente soit transcrit postérieurement. En transcrivant son acte de bail à un moment où la vente n'était pas rendue publique, le preneur a acquis le droit d'opposer son bail au tiers acquéreur. Vainement objecte-t-on que le preneur n'a qu'un droit de créance, tandis que l'acquéreur a le plus puissant des droits réels, la propriété; l'objection était décisive sous l'empire du code civil, elle ne peut plus être faite au preneur sous la loi nouvelle, car elle

(1) Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 418, n° 1270. Comparez, en sens contraire, Troplong, *De la transcription*, p. 376, n° 205, et Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 127, n° 499.

assimile son droit à un droit réel quant à la transcription et à ses effets (1).

N° 2. DES BAUX CONTENANT QUITTANCE ANTICIPATIVE DE TROIS ANS DE LOYER.

202. La loi hypothécaire soumet encore à la publicité les baux qui contiennent quittance d'au moins trois ans de loyer. C'est toujours dans l'intérêt des tiers que la loi prescrit la publicité de ces baux. Quelle sera la conséquence de l'inobservation de la loi? Le bail contenant une quittance de trois années de loyer ne pourra pas être opposé aux tiers. En quel sens? Est-ce le bail même qui ne pourra pas être opposé? ou est-ce le payement anticipé? Au premier abord, le texte semble décider la question. Le premier alinéa pose en principe que les actes translatifs de droits réels immobiliers qui n'ont pas été transcrits ne peuvent pas être opposés aux tiers; ils n'existent pas à leur égard. Il en sera de même, dit le deuxième alinéa, des baux excédant neuf années ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer. Cela veut dire que ces baux ne peuvent pas être opposés aux tiers. Le troisième alinéa vient modifier cette disposition, en ce qui concerne les baux de plus de neuf ans; au lieu de les déclarer inexistants à l'égard des tiers, la loi les déclare seulement réductibles. Mais cette modification ne concerne point les baux qui contiennent quittance de trois ans de loyer; donc ces baux restent dans la règle générale établie par le premier alinéa, ils ne peuvent pas être opposés aux tiers; à leur égard ils sont plus que nuls, ils sont inexistants. Cette interprétation a été proposée (2). Nous croyons, avec M. Martou, que la rédaction de la loi ne rend pas la pensée du législateur. La loi fait une différence radicale entre les baux et les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers. Ces derniers actes doivent *tous* être transcrits; sinon ils ne peuvent être opposés aux tiers. Il n'en est pas de même des

(1) Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 412, n°s 1261-1263. En sens contraire, Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 122, n° 494.
(2) Casier, *Études*, p. 35, n° 18. Cloes. *Commentaire*, t. I, p. 34, n° 55.

baux; ils ne sont soumis à la transcription qu'à raison, soit de leur durée, soit d'un payement anticipé du loyer, quand cette durée ou ce payement dépassent les limites usuelles; la durée du bail est-elle la durée ordinaire, les payements anticipés n'excèdent-ils pas ceux qu'il est d'usage d'exiger, la loi ne prescrit plus la publicité. De là une conséquence importante quant à l'effet que produit l'inobservation de la loi. S'agit-il d'une vente, l'acte non transcrit ne pourra être opposé aux tiers. S'agit-il d'un bail, l'acte ne peut être opposé aux tiers en tant qu'il leur porte préjudice. Si c'est un bail à long terme, c'est la durée inusitée du contrat qui léserait les tiers : que fait la loi? Elle maintient le bail et se contente d'en réduire la durée. Si le bail contient quittance de trois années de loyer, qu'est-ce qui est préjudiciable aux tiers? Est-ce le bail? Non, c'est le payement anticipé. Donc le bail doit être maintenu, c'est seulement le payement anticipé qui doit être déclaré non existant. C'est en ce sens que la loi a été expliquée par M. Lelièvre, dans son rapport sur les amendements que le sénat a faits au projet voté par la chambre des représentants. Le rapporteur suppose un bail de moins de neuf ans, contenant quittance de trois ans de loyer; si ce bail n'est pas transcrit, qu'en résultera-t-il? Il est clair, répond M. Lelièvre, que la conséquence du défaut de transcription sera que *le preneur ne pourra opposer aux tiers les payements faits anticipativement* (1). » Si, au lieu d'un bail de neuf ans, on suppose un bail de dix-huit ans, la conséquence sera absolument la même, car un bail de dix-huit ans non transcrit est réduit à un terme de neuf ans, et, de plus, le payement anticipé ne pourra être opposé aux tiers. Ainsi, dans toute hypothèse, le bail est maintenu, quoique non transcrit; est-il de neuf ans, il ne doit pas être transcrit à raison de sa durée, il ne doit l'être qu'à raison du payement anticipé; dès que le payement anticipé ne peut être opposé aux tiers, ils n'ont plus d'intérêt, légalement parlant, à la publicité du bail; il serait donc contraire à tout

(1) Lelièvre, Rapport sur les amendements du sénat (Parent, p. 520).

principe d'annuler le bail dans l'intérêt des tiers, alors que ceux-ci n'y sont pas intéressés (1).

203. Nous avons supposé que le payement anticipé non rendu public ne peut être opposé aux tiers, de sorte que le preneur doit payer aux tiers le loyer auquel ils ont droit, sauf son recours contre le bailleur. On a proposé une autre interprétation. Le payement anticipé, dit-on, n'est pas une cause absolue d'inexistence du bail non transcrit, la loi n'en tient compte que lorsqu'il comprend au moins trois ans de loyer. Si le bail contient une quittance de deux ans de loyer, il ne doit pas être transcrit de ce chef. Donc si le payement anticipé est de six ans, ou de tout le bail, quelle devra être la conséquence de la non-transcription? C'est que le bail ne pourra être opposé aux tiers, en tant qu'il dépasse le payement anticipé qui ne doit pas être rendu public, c'est-à-dire le payement qui n'atteint point trois années de loyer. On invoque, en faveur de cette interprétation, l'analogie qui existe entre le payement anticipé et la durée du bail; le bail qui dépasse neuf ans est réduit, on doit donc aussi réduire le payement anticipé qui excède celui que la loi autorise (2).

En théorie, et au point de vue législatif, cela peut se soutenir; le législateur aurait dû réduire la clause du bail qui concerne le payement anticipé, comme il réduit la clause qui concerne la durée du bail : il y a même motif de décider. Mais le législateur ne l'a point fait. Quand le bail excède neuf ans, la loi le déclare réductible. Quand le bail contient une quittance d'au moins trois ans de loyer, la loi ne dit pas qu'on réduira le payement anticipé; donc on reste sous l'empire du principe général qui régit les actes non transcrits; la clause qui devait être transcrite, et qui ne l'est point, est considérée comme n'existant pas à l'égard des tiers. Si donc un bail contient quittance de six ans de loyer, cette quittance est effacée; le preneur ne peut pas s'en prévaloir, quand même, lors de la vente de la chose louée, ou lors de la poursuite des créanciers hypo-

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 126, n° 101.
(2) Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 424, n° 1280.

thécaire, cinq années du bail seraient écoulées. Vainement dirait-on que, dans ce cas, le preneur n'invoque le payement anticipé que pour un an, et qu'en principe le payement anticipé d'un an peut être opposé aux tiers, quoiqu'il ne soit pas rendu public. Nous répondons que la loi n'a pas consacré cette théorie, puisqu'elle n'a pas même prévu la difficulté; on reste donc sous l'empire du principe établi par l'article 1er de la loi hypothécaire; tout ce que l'esprit de la loi permet à l'interprète de faire, c'est de concentrer la nullité sur la clause qui concerne le payement anticipé, en maintenant le contrat quant à sa durée (1).

204. Tout tiers intéressé peut se prévaloir du défaut de transcription. Cela n'est pas douteux quand il s'agit d'un acquéreur ou d'un créancier hypothécaire. Dans la doctrine consacrée par la cour de cassation de Belgique, les créanciers chirographaires sont aussi des tiers. Quand donc ils saisissent l'immeuble loué, on leur applique le droit commun. Les loyers et fermages sont immobilisés à partir de la transcription de la saisie. Les créanciers hypothécaires sont payés de préférence; mais s'il n'y a pas de créanciers hypothécaires, les créanciers chirographaires ont aussi droit aux loyers et fermages, et le preneur ne pourrait pas leur opposer la clause du bail qui contient le payement anticipatif, car ce payement ne peut pas être opposé aux tiers, lorsque le bail n'a pas été transcrit; et, dans notre opinion, les créanciers chirographaires sont des tiers.

(1) Comparez Troplong, *De la transcription*, p. 378, n° 209.

CHAPITRE III.

DE L'INSCRIPTION.

---

§ Ier. *Des demandes en nullité et en résolution.*

No 1. MOTIF DE LA PUBLICITÉ.

205. L'article 3 de la loi hypothécaire soumet à la publicité, par la voie de l'inscription, les demandes en nullité ou en révocation de droits réels immobiliers et les décisions rendues sur ces demandes. Quel est le motif de cette publicité? Le rapport de la commission du sénat explique très-bien les raisons pour lesquelles le législateur a voulu que ces demandes et ces décisions fussent rendues publiques (1). « Des droits réels ont été transmis; la transcription en a été faite; le propriétaire du droit est publiquement connu, mais cette qualité peut lui être enlevée; on provoque contre lui l'annulation ou la révocation de ces droits. Il est important d'avertir les tiers de l'introduction d'une semblable demande et des risques qu'ils courent en traitant avec le propriétaire menacé. Les tiers ont intérêt à connaître non-seulement l'existence de la demande, mais aussi les suites qu'elle a eues. Votre commission croit utile, pour atteindre ce but, d'ordonner l'inscription du jugement à la suite de l'inscription de la demande. »

206. Le législateur voulant organiser un système complet de publicité dans l'intérêt des tiers, on comprend qu'il ait dû rendre publics les jugements qui changent la situation immobilière du propriétaire avec lequel les tiers traitent. Mais l'organisation du principe et les effets qui résultent du défaut de publicité ne sont pas sans difficulté. Il faut avant tout rappeler les principes qui régissent l'annulation et la révocation des droits réels immobiliers.

(1) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 399, 400).

La loi concerne d'abord les demandes qui tendent à faire prononcer l'*annulation* des droits réels immobiliers. Nous avons dit, au titre des *Obligations*, quel est l'effet de l'action en nullité quand elle est admise : la convention annulée est censée n'avoir jamais existé, et, par suite, elle ne peut produire aucun effet. De là suit que le jugement qui prononce la nullité d'un acte translatif de droits réels immobiliers anéantit non-seulement le droit de propriété qui reposait sur la tête du propriétaire apparent, il anéantit aussi tous les actes de disposition qui ont été faits en vertu du titre annulé. Ainsi l'annulation opère rétroactivement et contre les tiers. Cet effet a fourni une objection contre le principe de publicité, en tant que la loi l'applique aux demandes en nullité et aux décisions rendues sur ces demandes. Il est de l'essence de la nullité, dit-on, que tous les actes de disposition faits par celui dont le droit de propriété est annulé viennent à tomber par l'effet du jugement qui prononce l'annulation de ce droit; dès lors il est inutile de rendre ce jugement public dans l'intérêt de ceux auxquels des aliénations ou des hypothèques ont été consenties; ces concessions tombent nécessairement avec l'annulation du droit en vertu duquel elles ont été faites; partant, il est inutile de publier la demande et les jugements qui interviennent; la publicité ne peut pas sauver des droits condamnés à périr. Nous répondons, avec le sénat, que la publicité de la demande en nullité prévient les tiers du danger qui les menace s'ils traitent avec un propriétaire sur la foi de titres dont l'annulation est poursuivie en justice, ou qui sont annulés par sentence du juge.

C'est le sénat qui a étendu la publicité à toute action en nullité. Quand le projet amendé fut renvoyé à la chambre des représentants, le rapporteur, M. Lelièvre, fit valoir une autre raison en faveur de la publicité. Parmi les tiers dont les droits menacent d'être annulés par suite de la demande en nullité se trouvent les créanciers hypothécaires; ils sont très-intéressés à connaître l'existence de la demande afin d'intervenir dans l'instance pour sauvegarder leurs droits. En effet, la jurisprudence admet qu'ils sont

représentés par le débiteur; d'où la conséquence que les décisions ont force de chose jugée contre eux; la loi nouvelle permet aux créanciers de défendre leurs intérêts en intervenant au procès; tandis que, dans le système de clandestinité du code civil, les droits des créanciers périssaient sans qu'ils eussent même connaissance des demandes formées contre le débiteur, actions où ils sont intéressés autant que celui-ci (1).

207. La loi prescrit encore la publicité des demandes en *révocation* d'actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers. Dans le langage du code Napoléon, le mot *révocation* est employé pour les actions qui tendent à révoquer les *donations*. Quand il s'agit d'actes à titre onéreux, le code se sert du mot *résolution*. Il va sans dire que la loi hypothécaire est applicable aux actes à titre onéreux, aussi bien qu'aux actes à titre gratuit. Toutefois, pour bien comprendre les motifs de la loi, il importe de distinguer la résolution de la révocation.

La résolution a lieu en vertu d'une condition résolutoire stipulée par les parties ou sous-entendue par la loi. Que la condition résolutoire soit conventionnelle ou légale, expresse ou tacite, elle produit toujours le même effet, c'est de résoudre le contrat comme s'il n'avait jamais existé. L'article 1183 le dit de la condition résolutoire expresse, et le même principe s'applique à la condition résolutoire tacite; la rétroactivité est de l'essence de la résolution. Mais toutes les conditions résolutoires n'opèrent pas de la même manière; quand la condition résolutoire est expresse, le contrat est résolu de plein droit; tandis que la résolution se fait par la sentence du juge lorsque la condition résolutoire est tacite (art. 1183 et 1184). Cette différence soulève une difficulté sur laquelle nous reviendrons : Y a-t-il lieu à la publicité de l'article 3 quand le contrat est résolu de plein droit? Pour le moment, nous recherchons seulement les motifs de la publicité que la loi prescrit. On a dit qu'elle était inutile dans les cas où la condition résolutoire est écrite dans le contrat, puisque le contrat étant

(1) Lelièvre, Rapport sur les amendements du sénat (Parent, p. 521).

soumis à la transcription, l'article 3 le suppose, les tiers apprendront par les registres du conservateur que le propriétaire avec lequel ils traitent n'a qu'un droit résoluble. Sans doute, mais cela n'empêche pas que les tiers aient intérêt à savoir si la résolution est demandée ou prononcée; car autre chose est la possibilité d'une résolution qui peut-être ne se fera pas, autre chose est la résolution demandée et prononcée par le juge. On a encore fait, pour les actions en résolution, la même objection que pour les actions en nullité : la publicité est inutile, dit-on, puisque la résolution, publique ou non, anéantit toujours les droits concédés à des tiers par celui dont la propriété est résolue. Nous venons de répondre à l'objection (n° 206); ce que disent les rapports des commissions du sénat et de la chambre des représentants s'applique à la résolution aussi bien qu'à la révocation.

208. Le code qualifie de *révocation* certaines exceptions à l'irrévocabilité des donations. Nous avons dit, au titre qui est le siége de la matière, que cette théorie est fausse. A vrai dire, la *révocation* des donations est une *résolution* qui se fait pour les causes déterminées par la loi. Il y a une grande différence entre les diverses causes de révocation. La révocation pour survenance d'enfant a lieu de plein droit : est-elle néanmoins soumise à la publicité prescrite par notre loi hypothécaire? Nous reviendrons sur cette difficulté. Il y a une autre différence qui a une grande importance en ce qui concerne la publicité. La révocation pour survenance d'enfant et la révocation pour inexécution des charges rétroagissent; on doit donc leur appliquer les principes qui régissent la résolution (n° 207). Il n'en est pas de même de la révocation pour cause d'ingratitude; elle opère *ex nunc*, comme on dit dans le langage de l'école, c'est-à-dire que le donataire reste propriétaire jusqu'au moment où la demande en révocation est rendue publique; d'où suit que tous les actes de disposition par lui faits sont valables, la révocation ne produit d'effet qu'à partir de l'inscription qui doit être faite de la demande en révocation en marge de la transcription; toutes aliénations faites antérieurement sont maintenues, ainsi que les hypothèques et autres char-

ges réelles qu'il aurait imposées sur la chose donnée. Ainsi le donataire reste propriétaire à l'égard des tiers jusqu'à l'inscription de la demande en révocation; la sentence du juge qui prononce la révocation opère une mutation de propriété; le donataire a été propriétaire et le donateur a cessé de l'être, il le redevient par la révocation de la donation. Puisqu'il y a mutation de propriété immobilière, elle doit être rendue publique; ici l'intérêt des tiers est évident, ils doivent connaître la révocation et le jour auquel elle rétroagit; car, à partir de ce jour, le donataire cesse d'être propriétaire, et, à partir de ce même jour, le donateur le redevient. On pourrait même dire qu'il y a lieu à transcription, puisque le jugement opère une mutation de propriété; toutefois la loi n'ordonne pas de transcrire le jugement qui prononce la révocation, elle se borne à en exiger l'inscription; la mention suffit pour garantir les intérêts des tiers.

209. Le code civil ne prescrit la publicité que pour les donations; la loi hypothécaire ayant étendu le principe de la publicité à tous les actes translatifs de propriété à titre onéreux, elle a dû aussi généraliser la disposition de l'article 958. C'est ce qu'a fait l'article 4 de la loi hypothécaire. On objecta, lors de la discussion, que cette disposition était inutile, puisqu'elle ne faisait que reproduire l'article 958 du code Napoléon. Le ministre de la justice répondit qu'il y avait d'autres cas où la révocation ne rétroagit point; nous les avons énumérés en traitant de la *propriété révocable* (t. XVI, nos 104-113). Il n'y a aucun doute pour ce qui concerne la révocation de l'usufruit. Les juges peuvent prononcer l'extinction de l'usufruit pour abus de jouissance (art. 618). C'est une révocation de l'usufruit; comme elle est demandée et prononcée en justice, l'article 3 de la loi hypothécaire est applicable : le jugement doit être rendu public par la voie de l'inscription, et les actes que l'usufruitier a faits avant cette inscription sont maintenus.

Il y a encore un autre cas dans lequel la propriété est révoquée. Les envoyés en possession définitive des biens d'un absent sont propriétaires à l'égard des tiers; si l'absent revient, leur propriété est révoquée de plein droit;

Faudra-t-il que la révocation des droits des envoyés, si l'absent la demande en justice, soit rendue publique? Non, car elle ne tombe pas sous l'application de l'article 3. La loi hypothécaire ne soumet à la publicité que la révocation de droits réels immobiliers résultant d'actes qui doivent être transcrits; or, le jugement qui prononce l'envoi en possession des biens d'un absent ne doit pas être transcrit; ce qui est décisif (1).

N° 2. DES DEMANDES ET JUGEMENTS QUI DOIVENT ÊTRE RENDUS PUBLICS.

210. La loi veut que l'on rende publiques les *demandes* tendant à faire *prononcer* l'*annulation* ou la *révocation* de droits résultant d'actes *soumis à la transcription*. Pour qu'il y ait lieu à la publicité que la loi ordonne, il faut donc d'abord qu'il y ait une *demande* en justice. Quand il n'y a pas de demande, la base de la publicité fait défaut; on ne peut pas inscrire une demande qui n'existe point. La révocation d'une donation pour survenance d'enfant a lieu de plein droit, en vertu de la loi, alors même que le donateur laisserait le donataire en possession, donc sans demande aucune, et alors même que le donateur ne veut pas profiter de la révocation. Est-ce que, dans ce cas, il y a lieu d'appliquer l'article 3? L'application est impossible; comment inscrire une demande que le donateur ne fait point, et qu'il ne peut point faire? Les tiers sont certainement intéressés à connaître la révocation, mais il est impossible de donner de la publicité à la révocation par une voie légale, puisqu'il n'y a pas d'acte qui puisse être inscrit (2).

211. N'en faut-il pas dire autant de la résolution qui a lieu de plein droit, sans intervention du juge? Le contrat est résolu, dans ce cas, par la volonté que les parties ont manifestée en contractant (art. 1183 et 1184). Régulièrement il n'y a pas de demande, parce qu'il n'y a rien à de-

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 178, n° 165.
(2) Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, p. 175, n° 259. En sens contraire, Mourlon, *Examen critique du Commentaire de Troplong sur les privilèges*, t. II, p. 1059, n° 363

mander; et s'il n'y a point de demande, il n'y a rien à inscrire. Toutefois, il se peut que les parties soient en désaccord, soit sur la condition, soit sur son accomplissement; cette contestation doit être portée devant les tribunaux. Est-ce que, dans ce cas, la demande devra être inscrite? A notre avis, non; car elle ne tombe pas sous l'application de la loi. Elle ne tend pas à faire prononcer la résolution, elle tend à faire déclarer que la convention est faite sous condition résolutoire, et que cette condition est accomplie; dès que ce fait sera déclaré constant, la convention sera résolue de plein droit; il n'y a donc ni demande en résolution, ni décision sur une semblable demande, partant on ne se trouve pas dans les termes de la loi. On objecte que le jugement qui interviendra n'en intéresse pas moins les tiers, puisqu'il leur apprendra que le contrat est résolu. L'objection prouve trop, car si on l'admettait, il faudrait dire que tout jugement concernant la propriété immobilière doit être inscrit, et, par suite, toute demande. En effet, quel est l'objet de la demande et du jugement, lorsque la condition résolutoire est écrite au contrat? La demande tend à faire déclarer par le juge ce que les parties ont voulu; si l'on doit inscrire cette demande et les jugements parce qu'ils intéressent les tiers, il faudra en dire autant de tout jugement déclaratif de la volonté des parties: or, il est de principe que les jugements déclaratifs ne sont pas soumis à la publicité, par la raison très-simple qu'il n'y a point de loi qui l'ordonne. La transcription des jugements n'est prescrite que pour ceux qui tiennent lieu de titre (art. 2), et l'inscription pour ceux qui interviennent sur une demande en résolution ou en nullité. Cela décide la question, puisqu'il n'y a lieu à publicité qu'en vertu d'un texte (1).

212. Une difficulté analogue se présente pour la demande en nullité. Nous avons dit, au titre des *Obligations*, que l'action en nullité implique que l'acte est nul, en ce

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 305, note 73, § 209. Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, p. 175, n° 260. En sens contraire. Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 173, n° 528; Troplong, *De la transcription*, p. 383, n° 214.

sens que la nullité en peut être demandée à raison d'un vice qui l'entache. Il n'y a pas lieu de demander la nullité d'un acte qui n'a pas d'existence aux yeux de la loi; la doctrine le qualifie d'acte inexistant; l'article 1117 dit, en termes énergiques, que cet acte est nul de *plein droit*. S'il est nul de plein droit, on n'en saurait demander la nullité, et le tribunal ne pourrait la prononcer, car il y a contradiction logique à annuler ce qui est nul de plein droit. On a objecté, contre la théorie des actes inexistants, que personne ne peut être son propre juge. Sans doute, dès qu'il y a contestation, il faut qu'un jugement intervienne. Mais qu'est-ce que la partie intéressée demandera au juge? Est-ce une demande en annulation? Non, car il est logiquement impossible d'annuler ce qui n'existe pas; annuler le néant est chose absurde. Tout ce que l'on peut demander au juge, et tout ce que le juge peut décider, c'est que la convention litigieuse ne réunissant pas les conditions voulues pour son existence, n'a jamais existé aux yeux de la loi, et n'a jamais pu avoir aucun effet.

Cette demande et cette décision doivent-elles être rendues publiques? En théorie, au point de vue législatif, l'affirmative est certaine. On suppose que la convention inexistante est transcrite; il y a donc une transmission apparente de propriété. Les tiers sont intéressés à savoir qu'un jugement a décidé qu'il n'y avait pas de convention, donc pas de transmission d'un droit réel. Qu'importe aux tiers qu'une convention soit déclarée inexistante ou qu'elle soit annulée? Ils ne peuvent pas plus traiter avec un propriétaire dont le droit est inexistant qu'avec un propriétaire dont le droit est nul. Dans l'un et l'autre cas, la publicité est nécessaire pour les avertir, en leur faisant connaître la vraie situation immobilière de celui avec lequel ils se proposent de traiter. Reste à savoir si cette théorie est celle de la loi. Si l'on s'en tenait à la signification exacte des termes dont l'article 3 se sert, il faudrait dire que la loi est inapplicable; elle suppose une action en nullité, et les contrats inexistants ne donnent pas lieu à une action pareille. Mais le texte, en cette matière, a peu d'importance. En effet, le code ne consacre pas en termes

formels la théorie des actes inexistants; il ignore la terminologie admise par la doctrine. Ainsi l'article 1599 qualifie de *nulle* la vente de la chose d'autrui, qui est simplement annulable, et l'article 1601 appelle aussi *nulle* la vente qui manque d'objet et qui, par conséquent n'existe point. Donc dans le langage du code, le mot *nulles* désigne les conventions qui donnent lieu à une action en nullité et celles qui ne donnent pas lieu à une action pareille. Il en faut dire autant de l'expression *action en nullité* : c'est l'action qui naît des contrats nuls, donc aussi l'action qui naît des contrats inexistants. De là suit que, dans l'article 3, il faut entendre par demandes en annulation, non-seulement les actions en nullité proprement dites, mais aussi les actions tendant à faire décider qu'une convention est inexistante. On doit d'autant plus le décider ainsi, que la distinction des actes nuls et des actes inexistants est étrangère au principe de publicité; pour mieux dire, tout jugement qui déclare un acte nul ou inexistant doit être rendu public, puisque l'intérêt des tiers l'exige; ce serait donc appliquer à contre-sens la distinction des actes nuls et inexistants, que d'en faire l'application à l'article 3 de la loi hypothécaire (1).

213. Il y a des actions que le code civil ne qualifie pas d'actions en nullité ou en révocation, ce qui donne lieu à quelque doute sur le point de savoir si l'article 3 est applicable. Telle est l'action en réduction des donations qui excèdent le disponible. La réduction peut être partielle, elle peut aussi faire tomber la donation tout entière; elle produit donc à l'égard des tiers le même effet que la nullité, elle anéantit les droits du donataire avec effet rétroactif. Il suit de là que les tiers sont essentiellement intéressés à ce que les demandes en réduction et les décisions rendues sur ces demandes soient rendues publiques. Reste à savoir si ces actions tombent sous l'application de l'article 3. Il y a controverse sur le fondement de la réduction. Dans l'opinion générale, on admet que les donations qui

(1) Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 170, n° 527. Troplong, *De la transcription*, p. 386, n° 215. Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 461, n°s 624 et 625.

dépassant le disponible sont affectées d'une *condition résolutoire tacite* : ainsi considérée, la réduction est une action en résolution, ce qui rend l'article 3 applicable. Nous avons enseigné que les donations dépassant le disponible sont *nulles*, le donateur ayant fait une libéralité qu'il n'avait pas le droit de faire; la demande en réduction est donc une action en nullité; par suite, elle doit être rendue publique. Ainsi, il y a lieu à inscription, quelle que soit l'interprétation que l'on donne à la réduction et à l'effet rétroactif qu'elle produit (t. XII, n° 202).

Tel est aussi l'avis de la plupart des auteurs français qui ont commenté la loi de 1855 sur la transcription (1). Il y a cependant des dissentiments. L'inscription, dit-on, de même que la transcription, ne doit être faite que lorsque la loi l'ordonne ; or, la loi ne parle pas de la demande en réduction; ce silence est décisif (2). N'est-ce pas pousser trop loin l'attachement à la lettre de la loi? Elle comprend toute action en nullité et en révocation ou en résolution; or, la réduction est ou une annulation ou une résolution, donc elle est comprise dans le texte.

214. L'action paulienne est-elle soumise à la publicité de l'article 3? Cette question est aussi controversée. La décision dépend du point de savoir quel est l'objet de l'action paulienne. On l'a toujours considérée comme une action en nullité; fidèle au texte et à la tradition, nous avons maintenu cette doctrine contre les auteurs modernes, d'après lesquels l'action paulienne ne serait qu'une action personnelle en réparation du préjudice causé au créancier qui l'intente (t. XVI, n° 483). Dans notre opinion, l'application de l'article 3 n'est pas douteuse : l'action paulienne est comprise sous le nom de demande en annulation. C'est aussi l'avis des auteurs français qui ont commenté la loi de 1855 sur la transcription. Nous n'examinerons pas si ceux qui enseignent que l'action paulienne n'est pas une action en nullité, sont bien conséquents en appliquant à

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 387, n° 216. Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 184, n° 534. Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 463, n° 628.
(2) Rivière et Huguet, *Questions*, p. 181, n°s 267 et 268.

cette action une disposition qui ne concerne que les actions en nullité et en résolution; peu nous importent ces contradictions, elles viennent à l'appui de notre doctrine; si l'on s'en tient à la tradition et au texte du code civil, tout doute disparaît (1).

215. L'action en revendication n'est pas une action en nullité; celui qui revendique agit en vertu de son droit de propriété; il ne demande pas l'annulation ni la révocation du droit en vertu duquel le détenteur possède; ce droit procédant d'une convention à laquelle le propriétaire est resté étranger, ne peut lui être opposé. On n'est donc pas dans le texte de la loi, ce qui est décisif. L'intérêt des tiers à connaître la demande en revendication et l'issue de l'action ne saurait être invoqué, car il ne suffit pas que les tiers aient intérêt à connaître un acte pour qu'il doive être rendu public. La règle générale est que les jugements ne sont pas soumis à la publicité, parce qu'ils ne font que déclarer les droits des parties; l'article 3 consacre une exception, et les exceptions ne s'étendent point (2).

A plus forte raison l'article 3 est-il inapplicable quand la demande en revendication est formée contre un possesseur sans titre; le défendeur ne procédant point en vertu d'un titre soumis à la transcription, l'article 3 est inapplicable (3). Ce n'est plus une question de publicité, c'est une question de propriété qui s'agite entre le propriétaire et le détenteur de la chose qui appartient au revendiquant. On ne peut se prévaloir de l'intérêt des tiers, puisque les tiers, dans le système de publicité, ne sont intéressés à connaître que les titres et les jugements qui anéantissent les titres; là où il n'y a pas de titres, la publicité est hors de cause.

216. Du principe que la disposition de l'article 3 est exceptionnelle, suit qu'elle ne peut être étendue par voie d'analogie. La cour de Gand l'a jugé ainsi, et cela n'est point douteux. Dans l'espèce, les hospices demandaient le

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 390, n° 220. Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 185, n° 535. Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 465, n° 630. En sens contraire, Rivière et Huguet, *Questions*, p. 181, n°s 269 et 270.

(2) Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 466, n° 631.

(3) Liége, 24 mai 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 376).

maintien d'un passage qu'ils soutenaient avoir exercé depuis un temps immémorial; c'était la revendication d'un droit de servitude, ce qui n'a rien de commun avec une demande en annulation ou en révocation (1).

217. Toute demande en nullité et en révocation ne doit pas être rendue publique; il faut de plus, aux termes de l'article 3, que la demande ait pour objet des droits résultant d'actes soumis à la transcription. La publicité de l'article 3 est une conséquence de la publicité prescrite par l'article 1er; comme l'a expliqué la commission du sénat (n° 205). Si une action a pour objet des droits qui ne sont pas soumis à la transcription, il ne peut être question de rendre la demande publique.

218. L'application du principe soulève une difficulté. Il y a un acte qui, par sa nature, est sujet à la transcription; mais il est antérieur à la loi nouvelle, par conséquent il ne doit pas être transcrit; si un procès s'élève sur cet acte, la demande et les jugements devront-ils être rendus publics? Cette question n'est pas décidée par les articles 1 et 3 de la loi hypothécaire; la difficulté tient au principe de la non-rétroactivité des lois. Les formalités de procédure sont régies par la loi qui est en vigueur au moment où l'action est intentée. Faut-il appliquer cette règle à la formalité de l'inscription établie par l'article 3? Bien que prescrite dans l'intérêt des tiers, l'inscription de la demande n'en est pas moins une formalité dont l'inobservation engendre une exception en faveur du défendeur; elle tient donc à la procédure; il suit de là que la loi nouvelle est applicable à toute demande ayant pour objet l'annulation ou la révocation d'un droit réel immobilier, quoique l'acte ait été dressé antérieurement à la loi nouvelle. Dans le système de la loi, cet acte est censé transcrit, donc l'article 3 est applicable (2).

219. L'article 3 n'est applicable que lorsque les droits résultent d'actes *soumis à la transcription*. Cela suppose que les actes sont transcrits, comme le dit la loi française

(1) Gand, 31 juillet 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 395).
(2) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 159, n° 134.

de 1855, qui contient une disposition analogue (1). Cette rédaction tranche une difficulté qui se présente sous l'empire de la loi belge. L'acte, quoique soumis à la transcription, n'a pas été transcrit : faudra-t-il, dans ce cas, que l'inscription soit faite? Les auteurs enseignent que l'inscription doit néanmoins se faire; la cour de Bruxelles s'est prononcée pour l'opinion contraire, que nous n'hésitons pas à admettre. Il n'y a pas de publicité obligatoire sans texte; or, il résulte du texte de l'article 3 que la loi n'a ordonné l'inscription que lorsque la transcription a été faite; en effet, la loi veut que la demande soit inscrite en marge de la transcription prescrite par l'article 1er, et que les jugements soient inscrits à la suite de cette mention; donc la publicité organisée par la loi implique que la transcription a été faite. Si l'acte n'a pas été transcrit, la publicité, telle que la loi l'organise, devient impossible. Preuve certaine que l'on se trouve en dehors de la loi; il n'y a pas de texte qui dise comment l'inscription doit être faite, donc l'inscription ne doit pas se faire. Les auteurs qui admettent la nécessité de l'inscription, alors même qu'il n'y aurait pas de transcription, font la loi, puisqu'ils exigent la publicité dans un cas non prévu par la loi; ils font donc ce que le législateur seul a le droit de faire. En veut-on la preuve? L'article 3 de la loi belge n'a fait que reproduire, en la généralisant, la disposition de l'article 958 du code civil. Cet article disait aussi que l'inscription devait se faire en marge de la transcription prescrite par l'article 939. De là la question de savoir s'il faut inscrire un extrait de la demande quand il n'y a pas d'acte transcrit, et comment se fera cette inscription? Il n'y avait pas moins de quatre opinions différentes sur cette difficulté; comme cela arrive toujours quand la loi est muette, chaque auteur a son système. Les auteurs auraient dû se rappeler qu'en matière de publicité le silence de la loi est décisif, puisqu'il n'y a pas de publicité sans texte.

La circulaire ministérielle du 23 janvier 1852 a adopté l'opinion de Toullier. On a invoqué cette circulaire comme

(1) Troplong. *De la transcription*, p. 391, n° 223.

une autorité en faveur de l'opinion que nous combattons. La cour de Bruxelles dit très-bien que le ministre ne décide pas les questions sur lesquelles il y a controverse. Il est douteux, porte la circulaire, que le conservateur puisse refuser de faire l'inscription, quand l'acte n'a pas été transcrit. Si cela est douteux, c'est que la loi garde le silence. Est-ce que la circulaire émet l'avis que, malgré le silence de la loi, l'inscription doit être faite? Non, elle ne dit pas même que le conservateur est obligé d'inscrire; dans le doute, elle indique un moyen de faire l'inscription. On constatera la remise de l'extrait au registre des dépôts, et l'on transcrira le contenu dans le corps du registre des transcriptions, à la date et dans l'ordre du dépôt. Il en sera fait mention sur le répertoire, au compte ouvert, ancien ou nouveau, du propriétaire défendeur, en laissant en blanc les colonnes qui ne pourront être remplies que lorsque la transcription sera ultérieurement requise. En marge de cette transcription, il sera fait mention de l'inscription déjà annotée dans le répertoire. Il suffit de comparer ce mode d'inscription avec celui que la loi prescrit, pour se convaincre qu'il est extralégal, et ce qui, en matière de transcription, est extralégal, est illégal (1).

N° 3. DE L'INSCRIPTION.

220. Quels actes doivent être inscrits? La demande et les décisions rendues sur la demande. Quant à la demande, il n'y a aucune difficulté, c'est un acte unique. La loi dit que *toute décision* rendue sur la demande sera également inscrite. En faut-il conclure que tous les jugements qui interviennent dans le cours de l'instance, même les jugements préparatoires et interlocutoires, doivent être rendus publics? Non, le mot *décision* implique un jugement qui *décide* la demande dont la loi prescrit la publicité; or, les jugements préparatoires et interlocutoires ne terminent pas l'instance, donc ce ne sont pas des *décisions* dans le sens de l'article 3.

(1) Bruxelles, 13 juillet 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 27). En sens contraire, Martou, *Commentaire*, t. I, p 162, n° 138; Casier, *Etudes*, p. 73, n°s 70-73; Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 90, n° 171.

L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. Pourquoi la loi soumet-elle à l'inscription les jugements rendus sur la demande? Parce que les tiers sont intéressés à savoir quelle est l'issue de la demande : est-elle admise ou rejetée? l'acte est-il annulé, révoqué, ou est-il maintenu? Voilà ce qui intéresse les tiers; donc c'est le jugement qui termine chaque instance que l'on doit rendre public; quant aux jugements qui concernent la procédure, ils ne présentent aucun intérêt pour les tiers, donc il serait frustratoire de les publier. Si la loi dit que *toute* décision doit être inscrite, c'est qu'il y a plus d'une instance et chaque instance se termine par un jugement. Tous ces jugements doivent être rendus publics. C'est déjà un vrai luxe de publicité, il eût suffi d'inscrire la décision qui termine définitivement le procès; il faut se garder d'ajouter à la publicité légale (1).

Ainsi l'on doit inscrire les arrêts rendus en appel, sans distinguer si le jugement de première instance est maintenu ou infirmé; dès qu'il y a appel, les tiers sont intéressés à savoir quelle en est l'issue. Il en est de même des décisions rendues sur le pourvoi en cassation, sans distinguer entre les arrêts de cassation et les arrêts de rejet. S'il y a cassation, l'affaire est renvoyée devant une autre cour ou devant un autre tribunal; la décision qui interviendra devra naturellement être inscrite. On peut reprocher à la loi d'avoir prescrit une publicité excessive; mais le législateur a parlé et l'interprète doit obéir (2).

221. La publicité se fait par voie d'inscription, tandis que pour les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, la loi prescrit la transcription. Il y a une raison de cette différence. Les tiers sont intéressés à connaître les clauses des actes de vente, de partage ou de bail, et comme on ne peut guère déterminer *a priori* à quelles clauses se limite leur intérêt, il fallait en ordonner la copie intégrale; tandis que pour les demandes en annulation, au contraire, et les décisions rendues sur ces demandes, il

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 171, n° 153.
(2) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 173, n°s 158 et 159.

est très-facile de préciser ce qui intéresse les tiers, c'est le fait de la demande qui leur apprend que tel acte transcrit est menacé d'être anéanti, puis les jugements qui accueillent la demande ou la rejettent; il eût été inutile, et partant frustratoire de copier sur les registres du conservateur les motifs de fait et de droit sur lesquels sont fondés les demandes et les jugements. Une simple mention de la demande et des décisions suffisait pour avertir les tiers et leur apprendre ce qu'ils ont besoin de savoir.

222. La différence qui existe entre la transcription et l'inscription entraîne aussi des formalités différentes. Quand une partie fait transcrire un acte, il suffit qu'elle le présente au conservateur des hypothèques et que l'acte soit dressé dans les formes exigées par la loi. Les formalités sont plus compliquées quand il s'agit d'une inscription qui ne doit comprendre que les mentions essentielles. C'est l'article 84 qui règle cette matière. Les parties doivent présenter, soit par elles-mêmes, soit par un tiers, s'il s'agit d'une demande en justice, deux extraits sur timbre contenant les noms, prénoms, professions et domiciles des parties, les droits dont l'annulation ou la révocation est demandée, et le tribunal qui doit connaître de l'action. S'il s'agit d'un jugement, les parties doivent présenter deux extraits sur timbre, délivrés par le greffier, contenant les noms, prénoms, professions et domiciles des parties, le dispositif de la décision, et le tribunal ou la cour qui l'a rendue.

La loi exige deux extraits, comme elle exige deux bordereaux pour l'inscription hypothécaire. Le conservateur garde l'un des extraits, il remet l'autre au requérant, en y certifiant que l'inscription a été faite. Nous dirons, en traitant de la publicité des hypothèques, quel est le but de ces formalités. La loi applique aussi aux inscriptions prescrites par l'article 3 le principe nouveau qu'elle établit en ce qui concerne la nullité (art. 85) : l'omission de l'une ou de l'autre des formalités qu'elle exige n'entraîne la nullité de l'inscription que lorsqu'il en résulte un préjudice pour les tiers. Nous expliquerons cette matière au chapitre des *Hypothèques*.

223. Il se présente une difficulté spéciale pour l'inscription prescrite par l'article 3. On suppose que le droit dont l'annulation ou la révocation est poursuivie, a fait l'objet de transmissions successives, transcrites sur les registres du conservateur. Le demandeur doit-il, dans ce cas, faire inscrire la demande et les décisions en marge de chacune des transcriptions? ou suffit-il que l'inscription se fasse en marge du premier acte transcrit? Cela dépend de la nature et de l'objet de la demande. Si le demandeur conclut à l'annulation ou à la révocation de tous les actes, il devra faire inscrire la demande et les jugements en marge de tous les actes transcrits. C'est l'application littérale de la loi. Mais « lorsque la demande est dirigée contre l'acte primitif, par lequel la mutation des droits immobiliers s'est opérée, il est pleinement satisfait à la loi par l'inscription de la demande en marge de cet acte, régulièrement transcrit; l'article 3 n'exige pas que cette formalité soit renouvelée pour chacune des transmissions ultérieures, si le demandeur juge qu'elles n'ont pas porté atteinte à ses droits et s'il n'en poursuit pas directement la nullité ». Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation de Belgique (1). Dans l'espèce, le pourvoi invoquait le défaut d'inscription de la demande, comme moyen de nullité contre l'arrêt attaqué. Quant au jugement intervenu sur la demande, il va de soi qu'il ne doit pas être inscrit en marge des actes qui ne sont pas annulés ni révoqués. C'est un argument décisif en faveur de l'interprétation consacrée par la cour; en effet, l'inscription des jugements et de la demande constitue une seule et même formalité, la publicité déterminée par la loi; si les jugements ne doivent et ne peuvent pas même être inscrits, il ne saurait être question d'inscrire la demande; et si la demande devait être inscrite, les jugements devraient aussi être rendus publics; or, il serait absurde d'inscrire, en marge d'actes transcrits,

(1) Rejet, 28 juin 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 1, 23). Dans le même sens, Martou, *Commentaire*, t. I, p. 163, n° 139; Troplong, *De la transcription*, p. 394, n° 222. Comparez Delebecque, *Commentaire*, p. 67, n° 62; Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 86, n° 166; Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 199, n° 548.

des jugements étrangers à ces actes; donc il est absurde d'inscrire la demande. D'ailleurs les tiers qui figurent dans un acte n'ont aucun intérêt à connaître la demande et les décisions qui interviennent; leurs actes sont maintenus tant qu'on ne les attaque pas. Et il est inutile qu'ils interviennent dans l'instance pour les défendre, car le jugement rendu hors de leur présence ne peut leur être opposé; il faudra que le demandeur agisse contre eux pour revendiquer l'immeuble rentré dans son domaine en vertu du jugement qu'il a obtenu, et sur cette nouvelle action, ils peuvent défendre leurs intérêts.

N° 4. CONSÉQUENCE DU DÉFAUT D'INSCRIPTION.

224. Le défaut de publicité ne produit pas toujours les mêmes conséquences; les effets diffèrent suivant la nature des actes qui doivent être rendus publics. S'agit-il de la transcription d'actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, la loi pose en principe qu'ils sont considérés à l'égard des tiers comme n'existant point tant qu'ils n'ont pas été rendus publics (n°s 159 et 160). Les baux, au contraire, quoique non transcrits, sont maintenus; seulement ils sont réductibles (n° 161). Quant aux demandes judiciaires et aux jugements rendus sur ces demandes, le défaut de publicité a des effets tout particuliers.

Un premier effet, applicable à toute demande, c'est une exception qui peut être opposée au demandeur : « *Aucune demande* tendant à faire prononcer l'annulation ou la révocation de droits résultant d'actes soumis à la transcription *ne sera reçue dans les tribunaux* qu'après avoir été inscrite en marge de la transcription » (art. 3).

La loi impose en second lieu une obligation aux greffiers : « Ils ne peuvent, sous peine de tous dommages-intérêts, délivrer aucune expédition des jugements rendus sur la demande, avant qu'il leur ait été dûment justifié, dans la forme prescrite par l'article 84, que l'inscription a été faite. » Cette disposition est générale, en apparence; en réalité, elle ne s'applique, en ce qui concerne les dommages-intérêts, qu'au cas où la révocation opère un effet

rétroactif, comme nous le dirons plus loin; elle ne s'applique pas au cas où la révocation se fait *ex nunc*.

Reste à savoir quelle est la conséquence du défaut d'inscription en ce qui concerne les *tiers*. C'est l'objet de l'article 4, qui ne concerne que la révocation *ex nunc*.

I. *De l'exception de non-procéder.*

225. L'article 3 dit que la demande non rendue publique ne sera pas *reçue*. De là vient que dans les travaux préparatoires on dit que le défendeur peut opposer à la demande une *fin de non-recevoir*. Cette expression n'est pas exacte; la fin de non-recevoir anéantit le droit même qui est réclamé en justice, et il est bien certain que le défaut de publicité de la demande laisse subsister le droit; il empêche seulement la demande d'être reçue, de sorte que le demandeur peut toujours faire valoir son droit après avoir rendu sa demande publique. C'est pour qu'il ne restât aucun doute sur ce point que le ministre de la justice proposa un amendement par lequel il reproduisait dans l'article 3 les termes de l'article 48 du code de procédure. Cette dernière disposition est ainsi conçue : « Aucune demande principale, introductive d'instance, *ne sera reçue* dans les tribunaux, que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix. » La conséquence de l'inobservation de l'article 48 est que le défendeur peut repousser la demande par une exception qui ne touche pas au fond, et que l'on appelle, pour cette raison, une simple *fin de non-procéder*. Il en est de même du défaut de publicité, dans le sens de l'article 3, puisque cette disposition est calquée sur celle de l'article 48 (1).

226. L'exception est d'ordre public, puisque la publicité est établie dans l'intérêt des tiers, lequel est un intérêt général. De là suit que l'exception peut et doit même être opposée d'office par le juge. C'est au tribunal que la loi s'adresse en disant qu'aucune demande ne sera *reçue*; la publicité est le plus souvent indifférente aux parties; le

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 165, n° 142. Parent, p. 81.

défendeur peut donc ne pas opposer l'exception; dans ce cas, le tribunal doit le faire. La rédaction primitive le disait formellement : « Cette non-recevabilité sera prononcée même d'office. » Si cette phrase a été retranchée, c'est uniquement parce qu'elle ne cadrait pas avec un changement de rédaction proposé par le ministre de la justice. La commission du sénat, tout en approuvant cette modification, prit soin d'ajouter : « L'inscription étant exigée moins dans l'intérêt des parties que dans celui des tiers est une formalité d'ordre public et, par conséquent, l'omission de cette formalité fait naître une fin de non-recevoir que le juge *peut* suppléer d'office, sans que la loi doive lui en donner expressément le pouvoir (1). »

En disant que le juge *peut* d'office opposer l'exception sans que la loi l'y autorise, la commission du sénat n'a pas entendu dire que le juge est libre de ne pas l'opposer : c'est une obligation pour lui de le faire, parce que la publicité est d'ordre public, et que la fin de non-procéder est le moyen le plus simple tout ensemble et le plus énergique de forcer le demandeur à inscrire la demande. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi ; et elle en déduit la conséquence que l'inscription doit se faire au début de l'instance, et que le défaut de publicité paralyse l'action ; que, par suite, l'inscription faite dans le cours de l'instance, et notamment en appel, est inopérante, parce qu'elle ne peut pas couvrir la procédure faite illégalement et en violation d'une prescription d'ordre public. La cour annula en conséquence le jugement de première instance et toute la procédure, sauf l'assignation (2). Cela est très-logique : l'assignation est le seul acte que le demandeur puisse faire légalement, car avant que l'inscription puisse être faite, il faut qu'il y ait une demande, mais tout ce qui suit l'assignation est vicié et doit être annulé.

Du principe que l'exception est d'ordre public, suit encore qu'elle peut être opposée en tout état de cause. Dans l'espèce que nous venons de rapporter, l'exception avait

(1) D'Anethan, second Rapport (Parent, p. 481 et suiv.).
(2) Bruxelles, 10 novembre 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 419).

été opposée en appel; la cour annula toute la procédure, celle d'appel comme celle de première instance. La procédure doit donc recommencer (1).

II. *De l'obligation imposée au greffier*

227. L'exception de non-procéder garantit la publicité de la demande, si les tribunaux remplissent le devoir que la loi leur impose implicitement. Quant à la publicité des jugements, la loi charge les greffiers de veiller à ce qu'ils soient inscrits. Leur action n'est qu'indirecte; ce n'est pas le greffier qui doit requérir l'inscription, comme l'avoué y est tenu, d'après la loi française de 1855, sous peine d'amende; mais il a un moyen indirect de forcer les parties à faire inscrire la décision. La loi lui défend de délivrer aucune expédition des jugements non inscrits. Elle aurait dû sanctionner cette défense ou cette obligation par une peine, comme le fait la loi française. D'après notre loi, il n'y a d'autre sanction que celle des dommages-intérêts. On a conclu de là que, dans les cas où il n'y avait pas lieu à dommages-intérêts, le greffier pouvait délivrer des expéditions de jugements non inscrits (2). Il le peut, sans doute, en ce sens qu'il n'encourt aucune peine, mais il n'en est pas moins vrai qu'il manque à son devoir en le faisant.

228. La défense établie par l'article 8 est générale : le greffier ne peut délivrer *aucune expédition* avant que la partie lui justifie que le jugement a été inscrit. Peu importe quel est l'effet du jugement; qu'il rétroagisse ou qu'il ne rétroagisse point, la loi ne distingue point, elle ne permet, en aucun cas, au greffier de délivrer une expédition tant qu'il n'y a pas d'inscription. Mais la sanction des dommages-intérêts ne reçoit pas d'application au cas où le jugement opère *ex nunc*. En effet, puisque le propriétaire dont le droit est invoqué peut faire des actes de disposition jusqu'au moment où la révocation est rendue publique par l'inscription de la demande, suivie de l'in-

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 167, n°s 144 et 145.
(2) Delebecque, *Commentaire législatif*, p. 69, n° 66. En sens contraire, Martou, *Commentaire*, t. I, p. 175, n° 163.

scription du jugement, les tiers n'éprouveront aucun préjudice du défaut de publicité. Supposons que ni la demande ni le jugement n'aient été rendus publics; dans ce cas, le propriétaire dont le droit est invoqué sera toujours considéré comme propriétaire à l'égard des tiers, en ce sens que tous les actes de disposition qu'il fait seront valables : par suite les tiers n'éprouveront aucun préjudice, et ils n'auront pas d'action en dommages-intérêts contre le greffier, puisqu'il n'y a pas de dommage causé. C'est seulement dans les cas où le jugement a un effet rétroactif que les tiers peuvent être lésés par le défaut de publicité. Le greffier délivre une expédition du jugement alors qu'il n'y a eu aucune publicité ni de la demande ni des décisions intervenues sur la demande; un tiers, dans l'ignorance de la révocation des droits du propriétaire, traite avec lui, en achetant l'immeuble ou en stipulant une hypothèque; ces actes sont nuls parce qu'ils ont été consentis par celui qui est censé n'avoir jamais eu de droit sur la chose. Voilà le préjudice. Et ce préjudice est imputable au greffier, car s'il avait rempli son devoir, le jugement aurait été inscrit, et l'inscription aurait averti le tiers, qui n'aurait certes pas traité avec le propriétaire, dont les droits sont anéantis rétroactivement (1).

III. *Effet du défaut d'inscription en ce qui concerne les tiers.*

229. La loi ordonne l'inscription de la demande et des jugements dans l'intérêt des tiers. En faut-il conclure que, si ces actes n'ont pas été rendus publics, ils doivent être considérés, à l'égard des tiers, comme n'existant pas? Il faut distinguer entre les jugements qui rétroagissent et ceux qui ne rétroagissent point. La règle est que les jugements rétroagissent, c'est-à-dire que les propriétaires dont le droit est annulé, révoqué ou résolu sont considérés comme n'ayant jamais eu la propriété de l'immeuble; d'où la conséquence que les actes de disposition par eux faits viennent à tomber. Il résulte de là que le défaut de publi-

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 175, n° 164.

cité ne peut avoir aucun effet dans les cas où le jugement anéantit rétroactivement les droits du propriétaire. Vainement les tiers diraient-ils que, les jugements n'ayant pas été rendus publics, on ne peut pas les leur opposer; entre eux et le propriétaire, le débat ne porte point sur une question de publicité. Le propriétaire véritable revendique sa chose contre ceux qui la tiennent d'un propriétaire apparent qui n'a jamais eu la propriété de la chose; les droits des tiers tombent, parce qu'ils ont été concédés en vertu d'un droit annulable, révocable ou résoluble, par application du principe qu'on ne peut conférer à des tiers plus de droits qu'on n'en a soi-même. Le défaut de publicité ne peut pas donner le droit de disposer à celui qui n'est pas propriétaire; or, le propriétaire prouve que les droits réclamés par les tiers leur ont été consentis par un non-propriétaire, en produisant le jugement qui anéantit leurs droits. Les tiers diront-ils que ce jugement ne peut leur être opposé parce qu'ils n'y ont pas été parties? C'est leur droit; mais ce droit, encore une fois, est étranger à la publicité, il tient aux principes qui régissent la chose jugée; et le demandeur peut prévenir l'exception de chose jugée en mettant en cause les tiers auxquels le défendeur a consenti des droits; dans ce cas, le jugement leur sera commun, et il pourra leur être opposé sans qu'aucune inscription ait été prise.

Est-ce à dire que le défaut de publicité n'a aucune conséquence ni aucune sanction quand il s'agit d'actes dont l'annulation ou la révocation rétroagit? Nous avons répondu d'avance. La publicité intéresse les tiers, et le défaut de publicité peut leur être préjudiciable. Dès lors la publicité doit avoir une sanction. La loi donne aux tiers une action en dommages-intérêts contre le greffier quand le défaut d'inscription les a induits en erreur par la faute du greffier. De plus, la loi fait un devoir au juge de ne pas recevoir la demande tant qu'elle n'a pas été rendue publique. Voilà deux garanties établies en faveur des tiers, dont les droits sont dans le cas d'être anéantis en vertu de la rétroactivité du jugement.

230. Il en est tout autrement dans les cas où la révo-

cation agit *ex nunc* : nous nous servons du langage de l'école parce qu'il abrége les explications. Pour rendre cette idée, l'article 4 a dû employer des circonlocutions qui rendent la disposition obscure; il porte : « Seront valables toutes aliénations faites, toutes hypothèques et autres charges réelles imposées antérieurement à l'inscription requise par l'article 3, *dans le cas où ni la révocation ni l'annulation ne sont de nature à préjudicier à de semblables droits consentis avant l'action.* » Cela veut dire : dans le cas où il y a révocation *ex nunc*. Seulement il faut effacer les mots *ni l'annulation*; car l'annulation n'opère jamais *ex nunc,* elle agit toujours rétroactivement, par la raison qu'elle suppose un vice infectant la convention et la rendant nulle dès son origine; de sorte que l'on ne conçoit pas même que l'annulation n'ait lieu qu'à partir du jugement ou de la demande; car ce serait dire qu'un acte nul parce qu'il est vicié peut produire des effets; ce qui est juridiquement impossible : pour nous servir des termes de l'article 3, il est impossible que ceux dont le droit est *nul* puissent conférer à des tiers des droits *valables*; celui qui n'a qu'un droit vicié ne peut conférer aux tiers que des droits également viciés. Le principe consacré par l'article 4 ne concerne donc que la *révocation,* laquelle opère parfois sans rétroactivité, *ex nunc,* comme on dit. Encore ces cas sont très-rares, comme nous l'avons dit plus haut (n° 209).

Quand la propriété est révoquée *ex nunc,* le propriétaire est considéré comme tel, à l'égard des tiers, jusqu'au moment où la demande en révocation a été inscrite. C'est l'application du principe qui régit les jugements, combiné avec le principe de publicité. Les jugements n'étant que déclaratifs ont effet à partir du jour de la demande; une fois le droit du demandeur reconnu, il doit obtenir, à partir du jour où il le réclame en justice, ce qu'il aurait obtenu si, dès ce jour, la décision avait été rendue, les lenteurs inévitables de la justice ne devant pas nuire à ceux qui sont obligés d'y avoir recours. En principe, le droit du défendeur est donc révoqué à partir de la demande; mais ce principe est modifié par l'obligation de rendre la demande publique dans l'intérêt des tiers qui sont dans le cas de

contracter avec le propriétaire dont le droit est sujet à révocation ; ils peuvent traiter avec lui jusqu'au jour où ils acquièrent connaissance de la demande en révocation, donc jusqu'au jour de l'inscription. De là la conséquence que tous actes passés avant l'inscription de la demande sont *valables,* en ce sens que le propriétaire avait le droit de les faire. La loi hypothécaire, cela va de soi, n'entend pas valider ces actes sous d'autres rapports ; la question de savoir si des actes émanés du propriétaire sont valables ou non est décidée par les principes généraux de droit.

231. Il se peut que la demande n'ait pas été inscrite ; dans ce cas, dit le deuxième alinéa de l'article 4, le jugement de révocation ou d'*annulation* n'aura d'effet, à l'égard des tiers, qu'à dater du jour où il aura été inscrit. Le mot *annulation* est de trop, car toute annulation rétroagit nécessairement ; dans l'article 4 il n'est question que de la révocation *ex nunc*. Si la demande n'a pas été rendue publique, les tiers ont dû croire qu'aucune action en révocation n'était formée contre le propriétaire ; ils traitent donc avec lui comme s'il était le véritable propriétaire ; si le jugement pouvait leur être opposé, ils seraient trompés, lésés ; or, le but de la publicité que la loi organise est précisément d'empêcher que les tiers ne souffrent un préjudice par la clandestinité des actes qu'ils ont intérêt à connaître ; la loi a donc dû décider qu'une demande non inscrite était réputée inexistante à l'égard des tiers. Il n'y a de publicité, dans ce cas, que par l'inscription du jugement ; donc la révocation ne peut avoir d'effet contre les tiers qu'à partir de cette inscription. De là suit que si, postérieurement au jugement, le propriétaire dont le droit est révoqué aliène ou hypothèque l'immeuble dont il a cessé d'être propriétaire, ces actes sont maintenus ; un non-propriétaire aura donc le droit de disposer de la chose. C'est une anomalie, mais elle s'explique par le principe de publicité. Si la propriété est révoquée, c'est par un jugement qui doit être rendu public pour avoir effet à l'égard des tiers ; s'il n'est pas inscrit, on ne peut pas l'opposer à ceux qui ont traité avec le propriétaire dans l'ignorance de la décision qui révoque son droit.

232. La loi ne prévoit pas le cas où la demande a été inscrite, tandis que le jugement ne l'est point. Si un tiers traite avec le propriétaire dont le droit est révoqué par sentence du juge, ce jugement pourra-t-il lui être opposé, quoiqu'il n'ait pas été rendu public? En principe, il faut dire du jugement ce que la loi dit de la demande : n'étant pas inscrit, il est considéré, à l'égard des tiers, comme n'existant pas, il ne peut donc produire aucun effet contre eux. Ainsi, en théorie, l'aliénation ou l'hypothèque consenties postérieurement à la demande inscrite seraient valables. Mais cette théorie ne profite point aux tiers, qui seraient très-imprudents s'ils s'y fiaient. En effet, la loi ne fixe aucun délai dans lequel l'inscription du jugement doive être faite, elle peut donc toujours se faire utilement ; par conséquent, la décision qui révoque le droit du propriétaire pourra être inscrite au moment où le tiers voudrait se prévaloir du défaut d'inscription. Le législateur aurait dû prescrire un délai pour faire l'inscription dans l'intérêt des tiers ; toutefois la loi n'est pas aussi injuste qu'on pourrait le croire ; en effet, les tiers sont prévenus par la publicité de la demande en révocation ; dès ce moment, ils ne doivent plus traiter avec le propriétaire dont le droit est menacé ; s'ils traitent, c'est à leurs risques et périls (1).

233. Nous avons toujours supposé que les actes faits par les tiers leur confèrent un droit réel. Telle est, en effet, la disposition de l'article 4 qui déclare valables toutes *aliénations* faites, toutes *hypothèques* et autres *charges réelles* imposées antérieurement à l'inscription de la demande en révocation. Que faut-il décider des baux consentis par le propriétaire dont le droit est révoqué? Si l'on s'attachait à la lettre de la loi, il faudrait dire que les baux ne sont pas valables. Ce serait un de ces mauvais arguments que l'on puise dans le silence de la loi et qui n'ont aucune valeur quand ils sont contraires aux principes. Or, quel est le principe établi par l'article 4? C'est que le propriétaire dont le droit est révoqué a été propriétaire jusqu'au

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 181, n° 171. Comparez, en sens divers, Casier, *Etudes*, p. 82, n° 83 ; Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 95, n° 182.

moment où la demande, et, à défaut de la demande, le jugement a été rendu public; et s'il a été propriétaire, il a pu valablement faire tout acte de propriété; la loi respecte les aliénations et les hypothèques qu'il a consenties, à plus forte raison doit-elle respecter les baux. Faudra-t-il que les baux aient été transcrits? Non, à notre avis, parce que la loi ne l'exige pas. On ne peut pas invoquer l'article 1er de la loi hypothécaire, car cette disposition suppose qu'il s'agit d'un bail que le preneur veut opposer aux ayants cause du bailleur, tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires; tandis que, dans l'espèce, il s'agit de la validité d'un bail consenti par un propriétaire dont le droit est ensuite révoqué. Tout ce que l'on peut exiger, d'après les principes généraux, c'est que le preneur établisse que son bail a date certaine antérieure à l'inscription de la demande. Il va de soi, du reste, que le bail doit avoir été fait de bonne foi; la fraude fait toujours exception (1).

234. L'application de l'article 4 donne lieu à une difficulté sur laquelle il y a controverse. On suppose que la demande n'a pas été inscrite; avant l'inscription du jugement, un tiers stipule une hypothèque sur l'immeuble et l'inscrit. Cette hypothèque pourra-t-elle être opposée au propriétaire si le tiers avait connaissance du jugement non rendu public? La même question se présente pour le bail et pour les droits réels consentis par le propriétaire dont le droit est révoqué. Il s'agit de savoir si la disposition de l'article 1er de la loi hypothécaire, concernant la fraude, doit être appliquée à l'article 4. La solution de la question dépend du caractère de cette disposition : est-ce l'application d'un principe général, il va de soi qu'on doit l'appliquer au cas prévu par l'article 4 : est-ce, au contraire, une exception, il faut la restreindre aux actes translatifs et déclaratifs de droits réels immobiliers, pour lesquels elle a été portée. Ajoutons que, dans l'examen de cette difficulté, l'interprète doit s'enquérir de l'intention du législateur, et non de la théorie qu'il peut préférer à celle de la loi. Ainsi posée, la question n'en est plus une. L'article 1er dit que

(1) Comparez Martou, *Commentaire*, t. I, p. 180, n° 168.

les actes non transcrits ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté *sans fraude*. Le mot *fraude* révèle la pensée du législateur; il considère le tiers qui achète un immeuble, alors qu'il sait que le vendeur l'a déjà vendu à un premier acquéreur, comme étant de mauvaise foi, et, par suite, il décide qu'on peut lui opposer l'exception de dol. Or, cette exception est de droit commun; c'est un vieil adage que la fraude fait toujours exception. Vainement dit-on qu'il n'y a, dans l'espèce, ni dol ni fraude; cela serait vrai, qu'il n'en faudrait pas moins décider qu'il y a fraude légale, c'est-à-dire que le législateur admet qu'il y a fraude; ce qui tranche la difficulté. Qu'importe que le code civil admette le contraire dans l'article 1071? C'est plutôt cette disposition qui a un caractère exceptionnel, et cela s'explique par la défaveur qui frappe les substitutions; alors même que le législateur les autorise, il préfère les droits des tiers, qui se confondent avec l'intérêt général, à l'intérêt des substitués. Quoi qu'il en soit, la loi hypothécaire ne doit pas être interprétée par le code civil, on doit l'interpréter par elle-même. Or, il y aurait une contradiction choquante, inexplicable, à repousser les tiers de mauvaise foi dans l'article 1er et à les protéger dans l'article 4; le législateur peut-il jamais donner son appui à ceux qu'il considère comme coupables de fraude (1)?

§ II. *De la cession de créances hypothécaires ou privilégiées.*

Nº 1. QUELLES CESSIONS DOIVENT ÊTRE RENDUES PUBLIQUES?

235. La loi hypothécaire (art. 5) soumet à la publicité la cession d'une créance hypothécaire ou privilégiée, en ce sens qu'elle ne pourra être opposée aux tiers que si elle a été rendue publique. C'est une dérogation au code civil. L'article 1690 porte que le cessionnaire n'est saisi, à

(1) En sens contraire, Martou, *Commentaire*, t. I, p. 181, nº 172. Comparez Casier, *Études*, p. 83, nº 84, et Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 89, nº 170.

l'égard des *tiers*, que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation que celui-ci fait de la cession dans un acte authentique. Le code établissait donc une condition dans l'intérêt des tiers, dérogeant en cela au principe qu'il consacre sur la translation de la propriété. En règle générale, la propriété se transfère, entre les parties et à l'égard des tiers, par le seul effet du contrat, indépendamment de toute tradition et de toute formalité extérieure. Il en est tout autrement du transport des créances; entre les parties, la cession est parfaite par le concours de consentement, tandis que, à l'égard des tiers, elle n'existe que lorsqu'elle a été signifiée au débiteur ou acceptée par lui. La signification ou l'acceptation est une espèce de publicité prescrite dans l'intérêt des tiers; il faut un acte authentique, c'est-à-dire public; les tiers qui ont intérêt à connaître la cession peuvent s'adresser au débiteur, lequel, dans ce système, fait, en quelque sorte, fonction d'un officier public. C'est à dessein que nous employons des expressions peu juridiques pour définir le principe consacré par le code Napoléon en matière de transport de créances; c'est une publicité très-insuffisante, pour mieux dire, la cession reste clandestine, car la loi ne charge pas le débiteur de renseigner les tiers; et le débiteur, après tout, n'est pas tenu de répondre aux tiers qui le consultent; et s'il leur répond, et qu'il ne dise pas la vérité, où sera leur garantie? La signification ou l'acceptation n'était efficace qu'à l'égard du débiteur, averti du transport par un acte authentique; mais un second cessionnaire, de même que les créanciers du cédant pouvaient très-bien ignorer la cession. La formalité prescrite par le code civil avait donc tous les inconvénients de la clandestinité : un second cessionnaire pouvait être trompé par le cédant en achetant une créance déjà cédée.

La loi nouvelle a pour but de garantir les intérêts des tiers, en remplaçant la clandestinité par la publicité; mais elle ne prescrit la publicité que pour les droits réels, et il faut de plus que ces droits soient immobiliers; quant aux transactions mobilières, elles restent sous l'empire du code civil. Voilà pourquoi la loi hypothécaire limite l'innovation

aux créances qui sont garanties par une hypothèque ou un privilége; les créances non hypothécaires ni privilégiées ne sont pas soumises au principe de publicité; ce sont des droits purement mobiliers et personnels, dont la loi nouvelle ne s'occupe point. Il est vrai que, quoique garantie par une hypothèque ou un privilége, la créance reste un droit mobilier; mais, comme la cession comprend les priviléges et hypothèques attachés à la créance, il en résulte que le transport d'un droit mobilier implique transport d'un droit réel immobilier; en effet, d'après l'article 1er de notre loi, les priviléges et hypothèques sont des droits réels immobiliers, comme nous le dirons au chapitre des *Hypothèques*. La loi nouvelle pouvait donc et elle devait s'occuper du transport des créances, privilégiées ou hypothécaires.

Pourquoi soumet-elle à la publicité la cession de ces créances? Il importe de constater les motifs de la dérogation que la loi nouvelle apporte au code civil, parce qu'ils nous serviront à en préciser le sens et la portée. La commission spéciale dit que de bonnes lois doivent offrir des armes contre la fraude. Si le créancier qui vend sa créance en conserve le titre, il peut facilement la vendre à un second cessionnaire; celui-ci doit croire que son cédant est encore propriétaire de la créance, puisqu'il a le titre en main et que l'inscription hypothécaire subsiste; il achètera donc une créance déjà cédée, et il sera trompé par la clandestinité de la première cession: la publicité le met à l'abri de cette fraude. La commission du sénat dit aussi, dans son rapport, qu'il importe de rendre la cession publique pour empêcher le créancier primitif de céder une seconde fois un droit qui ne serait plus le sien (1). Enfin les auteurs reproduisent ce même motif(2). Il n'est pas question, dans les travaux préparatoires, des autres tiers. Quant au débiteur, la publicité est inutile, puisqu'il doit être directement averti par la signification. Restent les tiers créanciers; la formalité prescrite par le code civil ne leur faisait pas connaître

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 15). Rapport de la commission du sénat (Parent, p. 401).
(2) Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 100, n° 191.

l'existence de la cession; ils étaient donc induits en erreur et trompés quand, sur la foi d'une inscription hypothécaire, ils traitaient avec le créancier apparent après qu'il avait cessé d'être propriétaire de la créance. La publicité établie par la loi nouvelle leur profite aussi. Toutefois ils ne sont pas mentionnés dans les rapports des commissions, et les auteurs n'en parlent pas. Nous dirons plus loin à quelles difficultés la loi donne lieu en ce qui concerne les créanciers.

236. L'article 5 prescrit la publicité, non-seulement pour la *cession* d'une créance privilégiée ou hypothécaire, mais aussi pour la *subrogation* à un droit semblable. Il y a des différences essentielles entre la subrogation et la cession; nous les avons signalées au titre des *Obligations*. Ces différences sont étrangères aux tiers. Le subrogé exerce les priviléges et hypothèques attachés à la créance, aussi bien que le cessionnaire, et la subrogation prête encore plus à la fraude que la cession; le législateur l'a prévu, c'est la raison des conditions rigoureuses qu'il exige pour la subrogation consentie par le débiteur. Mais, par un étrange oubli, le code civil n'exige pas même que le subrogé notifie la subrogation au débiteur. Cela prouve combien les idées de publicité sont étrangères aux auteurs du code Napoléon. La loi nouvelle a raison de mettre la subrogation sur la même ligne que la cession, puisqu'elle produit les mêmes effets à l'égard des tiers.

L'article 5 donne lieu à une difficulté. On demande s'il reçoit son application à la subrogation légale. La jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative (1). Au premier abord, le texte semble décider la question; la loi parle de la subrogation en termes généraux; elle comprend donc les deux cas de subrogation, la subrogation légale aussi bien que la subrogation conventionnelle; et n'est-il pas de principe que, lorsque la loi ne distingue pas, il n'est pas permis d'y introduire des distinctions? L'argument serait décisif si, au point de vue de la publicité, il n'y avait une

(1) Bruxelles, 22 février 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 97). Comparez Rejet, 8 mai 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 260), et Bruxelles, 2 février 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 89).

différence entre les deux subrogations. La publicité prescrite par la loi hypothécaire suppose qu'il y a un *acte* passé par les parties qui doit être rendu public. Quand il s'agit de la transcription, cela est certain ; le conservateur ne peut pas copier un acte qui n'existe point ; voilà pourquoi il n'y a pas lieu à transcription quand la transmission de la propriété s'opère en vertu de la loi (n° 36). N'en faut-il pas dire autant de la transmission d'un droit réel immobilier? Les deux cas sont identiques, à ce point que, logiquement, la cession d'une créance hypothécaire ou privilégiée aurait dû être transcrite (n° 239). Donc on doit appliquer à la subrogation légale ce que nous avons dit de la transmission de la propriété par la loi.

La doctrine consacrée par la jurisprudence soulève encore un autre doute. Comment se fait la publicité quand il n'y a pas d'acte à copier ou à inscrire? C'est la subrogation qui devrait être rendue publique, de même que la cession. Mais la cession est toujours conventionnelle ; ce que la loi dit de la cession suppose qu'il y a une convention (art. 84 et 83, 3°) ; on peut appliquer la loi à la subrogation conventionnelle ; mais, en l'étendant à la subrogation légale, on étend la loi à un cas qu'elle ne prévoit pas. N'est-ce pas faire la loi? C'est bien notre avis.

La loi aurait pu et dû organiser une publicité pour la subrogation légale, comme elle le fait de l'hypothèque légale, mais elle ne l'a pas fait. C'est une lacune ; nous ne croyons pas qu'il appartienne à l'interprète de la combler ; en effet, l'interprète ne peut pas créer des formes et les sanctionner, au besoin, par la peine de nullité.

237. Il y a des actes analogues à la cession et à la subrogation. Doit-on leur appliquer l'article 5? Il faut dire de l'inscription ce que nous avons dit de la transcription : la loi seule peut ordonner la publicité d'un acte ; il n'y a donc pas de publicité légale sans loi. Pour qu'un acte doive être rendu public par voie d'inscription, il faut, par conséquent, qu'il équivaille à une cession ou à une subrogation. Telle est la dation en payement ; on l'a toujours assimilée à une vente ; bien qu'il y ait certaines différences, elles ne concernent pas les tiers ; si donc une créance privilégiée ou

hypothécaire est donnée en payement, l'acte doit être inscrit pour qu'on puisse l'opposer aux tiers.

Il en est de même de la délégation que le débiteur consent à son créancier pour se libérer, lorsque c'est une créance privilégiée ou hypothécaire qui est déléguée. Si la créance déléguée est reçue en payement par le créancier, l'opération constitue une dation en payement, donc une vente; et partant il y a lieu d'inscrire l'acte, conformément à l'article 5. Ce n'est pas étendre la loi, c'est l'appliquer.

Que faut-il dire de la cession que le créancier fait de l'hypothèque ou du privilége, sans céder la créance principale? Il y a une première difficulté : une cession pareille est-elle valable? Nous examinerons la question en traitant des priviléges et hypothèques. Si l'on admet la validité de la cession, on doit admettre aussi qu'elle est soumise à l'inscription. En effet, pourquoi la loi prescrit-elle la publicité des créances privilégiées ou hypothécaires? C'est précisément à raison du privilége ou de l'hypothèque qui les garantissent; en réalité, c'est la transmission du droit réel qui est rendue publique; dès lors elle doit aussi être inscrite quand elle se fait séparément; c'est alors un acte translatif d'un droit réel immobilier; la loi soumet cette transmission à la publicité, soit par voie de transcription, soit par voie d'inscription. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur la nécessité de la publicité (1).

238. La loi du 5 mai 1854 (art. 5) porte que la *saisie* d'une rente privilégiée ou hypothécaire ne peut être opposée aux tiers s'il n'est fait, en marge de l'inscription, mention de la date de la saisie, avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles du saisissant et du saisi. Cette disposition comble une lacune de la loi hypothécaire. On a dit, avec raison, que si la cession volontaire d'une créance doit être rendue publique pour prévenir la fraude, il en doit être de même, et à plus forte raison, de la dépossession, qui est une suite de la saisie; il est rare que le cédant revende une seconde fois la créance dont il a cessé d'être propriétaire; tandis que le créancier saisi pourrait

(1) Voyez, sur tous ces points, Martou, *Commentaire*, t. I, p. 190, nº 174.

être tenté de vendre la créance dont il conserve le titre, afin de se procurer des ressources (1). Mais il importe de remarquer que la loi de 1854 a un objet spécial, la saisie des rentes constituées sur particuliers; elle ne s'applique pas aux autres créances; la lacune que nous avons signalée subsiste donc, car les constitutions de rente deviennent de jour en jour plus rares.

N° 2. FORMES DE LA PUBLICITÉ.

239. La publicité se fait par voie d'inscription. Comme la cession est une vente, et que cette vente doit être rendue publique à raison du droit réel immobilier qu'elle comprend, il y a identité parfaite entre la cession de l'article 5 et l'acte translatif de propriété de l'article 1er; donc, logiquement, la cession devrait être transcrite, comme on transcrit la vente d'un immeuble. Les travaux préparatoires ne nous apprennent pas la raison pour laquelle la loi s'est contentée d'une inscription quand il s'agit de priviléges et d'hypothèques, tandis qu'elle exige la transcription pour tous les autres droits réels immobiliers. C'est peut-être parce que la seule chose qui intéresse les tiers, en matière de cession, c'est le fait de la transmission de la créance.

240. Les formalités de la publicité diffèrent selon que la créance cédée a été ou non inscrite. Régulièrement les priviléges et hypothèques seront inscrits, puisqu'ils ne deviennent efficaces que par l'inscription. Dans ce cas, il est fait, en marge de l'inscription, mention de la date et de la nature du titre du cessionnaire, avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles des parties.

Pour opérer cette inscription, les parties doivent présenter au conservateur l'expédition authentique de l'acte et deux extraits sur timbre contenant les indications exigées par l'article 5. Le conservateur remet au requérant l'un des extraits, sur lequel il certifie que la mention a été faite. En traitant de la publicité des hypothèques, nous dirons pourquoi le conservateur conserve l'autre extrait.

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 195, n° 177.

L'article 5 semble encore exiger une autre formalité; il porte que le conservateur indiquera, au bas du *bordereau*, le changement opéré sur ses registres, c'est-à-dire l'inscription faite de la cession. Quel est ce *bordereau?* Les avis diffèrent. Voici l'explication de Martou; c'est la plus naturelle. Le cédant, en prenant inscription de l'hypothèque, a dû présenter deux bordereaux au conservateur; celui-ci remet à l'inscrivant l'un de ces bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription (art. 84). Lors de la cession de la créance, le créancier doit remettre ce bordereau au cessionnaire, puisque c'est une garantie pour le propriétaire de la créance inscrite; c'est sur ce bordereau que le conservateur indique que la créance a changé de titulaire. Il est vrai que, ainsi interprété, l'article 5 fait double emploi avec l'article 84; mais cela se comprend: lors de l'adoption de l'article 5, on ne savait pas encore comment se ferait l'inscription de la cession, et plus tard le législateur oublia de modifier cet article (1).

241. Il va de soi que les formalités sont les mêmes pour la subrogation à une créance privilégiée ou hypothécaire, lorsque le créancier a pris inscription. Le conservateur fait, dans ce cas, mention de la subrogation ou de l'acte équivalent (n° 237).

242. Comment se fait la publicité quand le privilége ou l'hypothèque n'ont pas été inscrits? Le cessionnaire ou le subrogé doivent prendre, en ce cas, une inscription en leur propre nom, en vertu de l'acte de cession ou de subrogation. L'article 5, assez mal rédigé, le dit implicitement; la loi se borne à exiger pour cette inscription que l'acte présenté au conservateur soit dressé dans la forme authentique.

243. L'authenticité des actes sur lesquels se fait, soit la transcription, soit l'inscription, est une condition générale requise par la loi nouvelle; l'article 5 la prescrit formellement, que la publicité se fasse par voie de mention ou par voie d'inscription. Nous avons dit plus haut quels sont

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 201, n° 187. Comparez, en sens divers, Casier, *Etudes*, p. 92, n° 95; Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 111, n°s 211 et suiv.; Delebecque, *Commentaire*, p. 74, n° 72.

les motifs pour lesquels la loi n'admet point à la transcription les actes sous seing privé qui constatent une convention translative de droits réels immobiliers (n° 124). Le rapporteur de la commission de la chambre des représentants a fait valoir les mêmes considérations à l'appui de l'article 5 (1); nous croyons inutile de les reproduire.

Il y a une légère difficulté pour ce qui concerne les procurations; l'article 5 ne reproduit pas la disposition de l'article 2, d'après laquelle les procurations relatives aux droits réels immobiliers doivent être données dans la forme authentique; et, comme en matière de publicité tout est de stricte interprétation, on pourrait induire du silence de la loi que les procurations restent sous l'empire du droit commun de l'article 1985, d'après lequel le mandat peut être donné par acte sous seing privé. Ce serait très-mal raisonner. Quand la loi exige l'authenticité pour une convention, elle l'exige, par cela même, pour tous les éléments essentiels de cette convention; or, y a-t-il un élément plus essentiel que le consentement donné par voie de procuration? Inutile d'insister; nous renvoyons au témoignage de Merlin que nous avons rapporté plus haut (n° 130) (2).

N° 3. CONSÉQUENCE DU DÉFAUT DE PUBLICITÉ.

244. Aux termes de l'article 5, la cession non rendue publique ne peut être opposée aux tiers. C'est la reproduction du principe établi par l'article 1er de la loi hypothécaire. Il faut donc appliquer à l'article 5 ce que nous avons dit des *tiers* en matière de transcription.

Cependant il y a une différence de rédaction; l'article 1er ajoute une condition pour que les tiers puissent se prévaloir du défaut de transcription; il faut qu'ils aient contracté *sans fraude*. Cette condition n'est pas exprimée dans l'article 5. En doit-on conclure que les tiers qui ont traité avec le cédant, ayant connaissance de la cession, quoique non transcrite, pourront néanmoins opposer le défaut de publi-

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 118).
(2) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 197, n° 181. Casier, *Etudes*, p. 87, n° 89. En sens contraire, Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 110, n 208.

cité légale? C'est la même question que celle que nous venons d'examiner sur l'article 4 (n° 234), et la solution doit être la même. Dans l'esprit de la loi, le tiers qui contracte ayant connaissance de l'acte non publié commet une fraude; on peut donc le repousser par l'exception de dol. Cela ne nous paraît pas même douteux en ce qui concerne la cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire. C'est un acte identique avec les actes translatifs de propriété immobilière dont parle l'article 1er : comment pourrait-il y avoir pour deux cas identiques des décisions différentes? J'achète un immeuble, une servitude; je sais que mon vendeur n'est plus propriétaire; la loi décide que j'ai contracté avec fraude. J'achète une créance hypothécaire, donc indirectement un droit réel immobilier, sachant que le cédant a déjà vendu la créance, et la loi déciderait que j'ai traité de bonne foi! Il est impossible que le législateur dise dans l'article 5 le contraire de ce qu'il a dit dans l'article 1er.

On objecte que c'est introduire dans la loi une distinction qui n'y est point; et que de fois avons-nous dit que l'interprète ne peut pas distinguer quand la loi ne distingue point? Non, nous ne distinguons pas, nous appliquons le principe dont l'article 1er consacre une application à un cas identique, ce que l'interprète a le droit et l'obligation de faire. Si, comme on le prétend, il s'agissait d'une exception, la solution, sans doute, devrait être différente. Nous avons d'avance répondu à cette nouvelle objection; libre à l'interprète de considérer la disposition de l'article 1er comme une dérogation aux vrais principes; il s'agit, dans notre débat, de savoir si le législateur a fait de la *fraude* une exception; et poser la question, c'est certes la résoudre.

On invoque encore le code civil contre l'interprétation que nous donnons à la loi hypothécaire. Le créancier qui stipule une hypothèque, sachant qu'il y a une hypothèque antérieure non inscrite, peut néanmoins se prévaloir du défaut de transcription. Nous reviendrons sur cette question, au chapitre des *Hypothèques*. Supposons qu'on doive la décider en faveur du créancier en vertu du code civil, cela ne prouverait pas que le législateur belge a entendu

dire, dans l'article 5, le contraire de ce qu'il a dit dans l'article 1er. A ses yeux, la connaissance que le tiers a de l'acte non rendu public constitue une fraude et engendre l'exception de dol. Voilà le principe de la loi hypothécaire; c'est d'après ce principe qu'il faut l'interpréter, et non d'après le principe contraire du code civil.

245. L'application de l'article 5 soulève de grandes difficultés qui tiennent à la combinaison de cette disposition avec celle de l'article 1690. Il faut voir avant tout si le cessionnaire doit remplir à la fois la formalité de la signification ou de l'acceptation prescrite par le code civil et la formalité de l'inscription exigée par la loi hypothécaire. En d'autres termes, la loi nouvelle déroge-t-elle à la loi ancienne?

M. Lelièvre, dans son rapport, répond : « Il est bien entendu que l'article 5 ne déroge *en aucune manière* à l'article 1690 et à la signification que cette disposition prescrit pour la saisine à l'égard des tiers. La formalité nouvelle laisse subsister *en entier* celle dont nous venons de parler. » M. d'Anethan dit, dans son rapport au sénat : « Quant à l'article 1690, la commission partage l'opinion émise dans le rapport fait à la chambre des représentants, qu'il n'est pas dérogé à cet article (1). » Les auteurs (2) et la cour de Gand (3) se sont prononcés dans le même sens, en invoquant l'avis des deux commissions que nous venons de transcrire.

Cette opinion n'est-elle pas trop absolue? Constatons d'abord que ce n'est qu'une autorité doctrinale, très-grande sans doute à raison de la part que les rapporteurs des deux chambres ont prise aux travaux préparatoires; mais ce n'est qu'une autorité de raison, qu'il est permis de discuter.

En principe, les deux rapporteurs ont raison. Le législateur belge a seulement remplacé le titre des *Hypothèques*

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 384); d'Anethan, Rapport (Parent, p. 401).
(2) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 196, n° 179. Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 115, nos 219 et 220).
(3) Gand, 27 novembre 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 311).

par une loi nouvelle, il n'a pas entendu déroger au code civil dans les autres matières. Toutefois cela n'est pas vrai d'une manière absolue, comme nous en avons fait la remarque en commençant l'explication de la loi nouvelle (nos 2 et 32). Il y a des dispositions de la loi hypothécaire qui dérogent au code Napoléon : l'abrogation est tacite; nous en avons donné un exemple remarquable en traitant de la transcription des donations (nos 44-47). La question est donc celle-ci : l'article 5 a-t-il dérogé tacitement à l'article 1690? Il y a abrogation tacite d'une loi ancienne par une loi nouvelle lorsqu'il y a incompatibilité entre les deux lois, c'est-à-dire quand elles ne peuvent pas être exécutées simultanément. Or, dit-on, rien n'empêche le cessionnaire de remplir à la fois la formalité de l'article 5 de la loi hypothécaire et celle de l'article 1690 du code civil. Sans doute le cessionnaire peut signifier son acte au débiteur et le faire inscrire par le conservateur des hypothèques; l'une de ces formalités n'est pas exclusive de l'autre. Matériellement parlant, cela est évident, puisque les deux formalités diffèrent. Mais il peut y avoir incompatibilité juridique, en ce sens que le législateur change de système et remplace une formalité reconnue insuffisante par une formalité nouvelle plus efficace; dans ce cas, il y a une raison de droit qui s'oppose à ce que l'on remplisse, sous l'empire de la loi nouvelle, à la fois la formalité insuffisante et la formalité plus efficace qui la remplace. Cette incompatibilité logique est tout aussi radicale qu'une incompatibilité matérielle. En effet, pour juger si deux dispositions de date différente sont incompatibles, il faut supposer que la première est reproduite dans la seconde, et voir ensuite si elles peuvent simultanément recevoir leur exécution. Or, conçoit-on que le législateur dise : « Le code civil prescrit dans l'intérêt des tiers une formalité insuffisante, partant, inutile en tant qu'elle est insuffisante; je la remplace par une formalité plus efficace qui donnera aux tiers la garantie que le code ne leur donne point. Je veux néanmoins que la formalité ancienne, quoique insuffisante, inutile, frustratoire, soit remplie concurremment avec celle que j'établis. » Un pareil langage n'aurait pas de sens. Nous

concluons que, si le législateur organise un nouveau système de publicité dans l'intérêt des tiers, les dispositions que la loi ancienne contenait dans l'intérêt des tiers sont abrogées par la loi nouvelle, en tant qu'elles sont insuffisantes et inutiles, et que l'on ne doit maintenir la loi ancienne qu'en tant qu'elle a encore une raison d'être dans les limites où elle peut être utile. La question que nous avons posée ne peut donc pas être résolue dans des termes aussi absolus que l'ont fait les rapporteurs des deux chambres. Il faut voir dans l'intérêt de qui la loi ancienne et la loi nouvelle ont établi les formalités qui toutes ont pour objet de garantir l'intérêt des tiers. Nous maintiendrons la formalité de la signification, dans les cas où, malgré la formalité nouvelle de l'inscription, elle a sa raison d'être; nous dirons qu'elle est supprimée quand, en présence de l'inscription, elle n'a plus de raison d'être.

246. Rappelons, d'abord, ce que nous avons déjà dit, que la loi hypothécaire ne prescrit la publicité que pour la cession des créances privilégiées et hypothécaires; donc le code civil régit exclusivement la cession des créances qui ne sont garanties ni par une hypothèque ni par un privilége. Et quand nous parlons de priviléges, il va de soi qu'il s'agit de priviléges immobiliers, car la loi hypothécaire ne s'occupe pas de droits mobiliers, sauf par exception. Ainsi l'article 1er ordonne la publicité des baux, bien que le bail ne donne au preneur qu'un droit de créance, c'est-à-dire un droit mobilier. Mais l'article 5, en mettant les créances privilégiées sur la même ligne que les créances hypothécaires, indique suffisamment qu'il s'agit de créances garanties par un droit réel immobilier. Il suit de là que le plus grand nombre de créances restent sous l'empire du code civil; en ce sens, il est vrai de dire, avec les commissions des chambres, que la loi nouvelle ne déroge pas à l'article 1690.

247. Les rapporteurs entendaient sans doute dire que l'article 1690 restait applicable même à la cession de créances privilégiées et hypothécaires. Cela est aussi vrai en un certain sens; mais, à notre avis, cela n'est pas vrai d'une manière absolue. Voici la difficulté. L'article 1690

dit que le cessionnaire n'est *saisi*, à l'égard des *tiers*, que par la signification du transport faite au débiteur. Et l'article 5 porte que la cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire ne peut être *opposée* aux *tiers* que si elle a été rendue publique. Les deux dispositions ont pour objet de garantir les intérêts des *tiers*. Quels sont ces *tiers?* Faut-il que le cessionnaire remplisse à la fois les formalités des articles 1690 et 5 pour qu'il soit saisi à l'égard de *tous les tiers* et pour qu'il puisse leur opposer sa cession?

L'affirmative n'est pas douteuse en ce qui concerne le débiteur de la créance cédée. Il ne suffit pas que le cessionnaire inscrive la cession pour être saisi à son égard, il faut qu'il la lui signifie. Cela résulte du but que le législateur a eu en vue en ordonnant la signification de la cession. Quand une créance est cédée, le débiteur change de créancier, il ne peut plus payer au cédant, il doit payer au cessionnaire; il faut donc qu'il soit averti de ce changement; et il doit l'être par un acte direct et authentique, afin qu'il ne puisse pas prétexter son ignorance. Voilà pourquoi la loi veut que la cession lui soit signifiée. Une loi postérieure soumet la cession à la publicité, en exigeant l'inscription sur les registres du conservateur. Cette formalité tient-elle lieu de la signification en ce qui concerne le débiteur? Non, certes, puisque l'inscription n'avertit pas le débiteur qu'il a changé de créancier; on ne peut pas exiger de lui que, aussi souvent qu'il a un payement à faire, il se transporte au bureau des hypothèques pour s'informer s'il y a une cession inscrite. En d'autres termes, la formalité de la signification est la plus efficace en ce qui concerne le débiteur; s'il n'y avait pas d'autres tiers que lui, le législateur n'aurait jamais songé à ordonner l'inscription des cessions de créances, la signification étant suffisante; il y a plus, cette formalité est plus efficace que celle de l'inscription en ce qui concerne le débiteur. Cela est décisif; on ne peut pas dire qu'une formalité efficace prescrite par une loi ancienne soit remplacée par une formalité moins efficace que prescrit une loi nouvelle; cela n'aurait pas de sens.

Notre conclusion est que le cessionnaire doit signifier la cession au débiteur. S'il se bornait à inscrire la cession, il

ne serait pas saisi à l'égard du débiteur ; celui-ci aurait le droit et l'obligation de payer au cédant. Il faut ajouter que si la cession était signifiée au débiteur, celui-ci devrait payer entre les mains du cessionnaire, sans pouvoir exiger que la cession fût de plus inscrite. Cela est certain quand il n'y a pas d'autre tiers intéressé ; à quoi bon inscrire la cession quand la signification suffit? La question se complique quand il y a un autre tiers en cause; nous y reviendrons. Tant que le débiteur est en présence du cessionnaire seul, il ne peut pas invoquer l'article 5, car ce n'est pas pour lui que la formalité de l'inscription a été requise par la loi nouvelle. Les rapporteurs des deux chambres et les auteurs disent que la publicité a pour objet de prévenir la fraude; or, il n'y a pas de fraude à craindre pour le débiteur; tant qu'on ne lui fait pas de signification, il a le droit et l'obligation de payer entre les mains du cédant; et dès que la signification de la cession lui est faite, il doit payer au cessionnaire ; la formalité de l'article 1690 garantit donc pleinement ses intérêts.

248. Sont encore tiers ceux auxquels le créancier aurait cédé la créance après l'avoir vendue à un premier cessionnaire. Dans ce cas, il y a fraude à l'égard du second ou subséquent cessionnaire. C'est pour prévenir cette fraude que la loi a prescrit la publicité de la cession. Si le premier cessionnaire inscrit la cession, la fraude devient impossible, car les tiers qui veulent acheter une créance ne manqueront pas de s'informer, au bureau des hypothèques, s'il y a une cession inscrite. Si le premier cessionnaire n'inscrit pas, il pourra être victime de la fraude, au cas où le créancier céderait la créance à un second cessionnaire, qui ferait l'inscription de la cession; mais le premier cessionnaire aurait une négligence à se reprocher, et on lui répondrait : *Jura vigilantibus scripta*.

On suppose qu'une même créance est cédée à deux cessionnaires : lequel des deux sera propriétaire de la créance et à qui le débiteur doit-il payer? Ici il y a conflit de divers intérêts ; les deux cessionnaires, le débiteur et le créancier lui-même sont en cause. A l'égard du créancier, la question est très-simple. Il cesse d'être propriétaire de

la créance du moment qu'il en a fait la cession; en vendant la même créance à un second cessionnaire, il vend une créance qui ne lui appartient plus. Cela suppose que le premier cessionnaire a inscrit la cession; dans ce cas, le cédant sera garant envers le second cessionnaire. Si le premier cessionnaire n'a pas inscrit la cession, il ne peut l'opposer au second, d'après l'article 5; le cédant reste donc propriétaire de la créance à l'égard des tiers; partant, il transporte la propriété de la créance au second cessionnaire, et il sera garant envers le premier, en ce sens qu'il répond des dommages-intérêts résultant de son dol. Si aucun des deux cessionnaires n'avait inscrit, le créancier serait toujours propriétaire de la créance à l'égard des tiers. Mais parmi ces tiers faudra-t-il comprendre le débiteur? Nous venons de dire (n° 247) que les relations du cessionnaire avec le débiteur restent soumises à la règle établie par le code civil; il en est de même des rapports du créancier avec le débiteur : tant qu'aucune signification n'a été faite au débiteur, celui-ci peut et doit payer au cédant, quand même il y aurait une cession inscrite. Le cédant a donc action contre le débiteur, malgré l'inscription, tant qu'aucun des cessionnaires n'a signifié sa cession.

249. Le conflit des cessionnaires et du débiteur est plus difficile à régler. Un premier point est certain, d'après ce que nous venons de dire, c'est que le cessionnaire, pour être saisi à l'égard du débiteur, doit lui signifier sa cession, et il doit la faire inscrire pour pouvoir l'opposer aux tiers cessionnaires; il doit donc remplir à la fois la formalité de l'article 1690 et celle de l'article 5. Sur ce point encore, les rapporteurs des deux chambres ont raison : la loi nouvelle n'abroge pas le code civil. Mais l'application du principe n'est pas sans difficulté.

Le cessionnaire est saisi à l'égard du débiteur, non par l'inscription, mais par la signification. Si donc le premier cessionnaire avait inscrit la cession sans la signifier, et que le second l'eût signifiée sans l'inscrire, le second serait saisi à l'égard du débiteur; le débiteur devrait payer entre les mains du second cessionnaire, puisqu'il ignore légalement l'existence de la première cession, quoiqu'elle ait été

inscrite. Le payement libérerait le débiteur; sauf le recours du premier cessionnaire, qui, ayant inscrit sa cession, est propriétaire de la créance, non-seulement à l'égard du cédant, mais aussi à l'égard du second cessionnaire. Il a un recours contre le cédant, coupable de dol et responsable des conséquences de la fraude. A-t-il aussi un recours contre le second cessionnaire qui a touché le montant de la créance? Oui, car, à l'égard du second cessionnaire, c'est le premier qui est propriétaire de la créance; le second a donc reçu le montant d'une créance qui appartenait au premier, il lui en doit compte. Vainement le second cessionnaire dirait-il qu'étant saisi à l'égard du débiteur par la signification, il l'est par cela même à l'égard des tiers (art. 1690), et, par conséquent, à l'égard d'un premier cessionnaire qui n'a pas inscrit. Cela était vrai sous l'empire du code civil, cela n'est plus vrai sous l'empire de la loi hypothécaire. Les deux lois doivent recevoir simultanément leur application. A l'égard du débiteur, le second cessionnaire est saisi par la signification; ce qui veut dire que le débiteur s'est libéré en payant entre ses mains; mais le second cessionnaire n'est pas saisi, à l'égard d'un tiers cessionnaire de la créance, par le seul effet de la signification; pour être propriétaire de la créance, il doit faire inscrire sa cession. Or, c'est le premier cessionnaire qui a inscrit, c'est donc le premier qui est propriétaire à l'égard du second.

250. Nous avons supposé que l'un des cessionnaires avait signifié, et que l'autre avait inscrit. S'ils ont inscrit l'un et l'autre, le premier inscrit sera propriétaire. Quant à leurs rapports avec le débiteur, ils sont réglés, en principe, par la signification. Si l'un d'eux seulement a signifié et si le débiteur a payé, on rentre dans l'hypothèse que nous venons d'examiner. Que faut-il décider si les deux cessionnaires ont signifié leur cession à des dates différentes? Auquel des deux le débiteur devra-t-il payer? On ne peut plus répondre que c'est à celui qui a signifié le premier; cela est vrai quand le débiteur ignore la seconde cession; mais, dans l'espèce, la double signification lui a appris qu'il y a deux cessions; il n'y a cependant qu'un

seul propriétaire, et c'est au propriétaire de la créance que le payement doit être fait. Il faut en conclure que l'inscription l'emportera sur la signification, c'est-à-dire que, dans le conflit des deux cessions, le débiteur devra payer à celui des cessionnaires qui prouvera sa propriété; or, la propriété se prouve par l'inscription; c'est pour assurer la propriété que la loi hypothécaire a introduit la publicité; elle doit donc profiter à celui qui le premier a rempli la formalité prescrite pour devenir propriétaire à l'égard des tiers.

Il peut s'élever un autre conflit entre les deux cessionnaires. Ils ont pris inscription le même jour : lequel des deux sera propriétaire? La question est de savoir s'il faut appliquer l'article 123. Il nous semble que l'affirmative résulte du texte et de l'esprit de la loi. Le texte porte : « Si plusieurs titres *soumis à la publicité* ont été présentés le même jour à la conservation des hypothèques, la préférence se détermine d'après le numéro d'ordre sous lequel la remise des titres aura été mentionnée au registre destiné à cet effet, sans préjudice néanmoins de ce qui est prescrit à l'article 81. » Ainsi la loi établit une règle et une exception. La règle s'applique à tous les *titres soumis à la publicité*; donc aussi à l'acte de cession, qui, d'après l'article 5, doit être rendu public. Quant à l'exception, elle ne porte que sur les *inscriptions hypothécaires*; elle est étrangère à l'article 5; la publicité établie par cet article, n'étant pas comprise dans l'exception, rentre par cela même dans la règle. Tel est aussi l'esprit de la loi. Qu'a-t-on dit pour justifier la disposition de l'article 123? Que deux acquéreurs ne peuvent être propriétaires de la même chose pour le tout; le motif s'applique à la propriété d'une créance aussi bien qu'à la propriété d'un immeuble (1).

251. Nous arrivons à cette conclusion que, dans le cas d'une cession faite à plusieurs cessionnaires, les articles 1690 du code civil et 5 de la loi hypothécaire sont l'un et l'autre applicables, mais en distinguant les rapports des cessionnaires entre eux et leurs rapports avec le débiteur. S'agit-il, entre les cessionnaires, du point de savoir

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. 1, p. 209, n° 194.

lequel d'entre eux est propriétaire de la créance, c'est l'article 5 qui décide la question. S'agit-il de savoir à qui le débiteur peut et doit payer, il faut appliquer l'article 1690. Dira-t-on que c'est scinder arbitrairement les deux lois, qu'il faut les appliquer l'une et l'autre, ou n'appliquer que la dernière? L'objection ne tient aucun compte de la nature et des effets de l'abrogation tacite. Quand deux lois ont un seul et même objet, et que la dernière n'abroge pas expressément la première, les deux lois restent applicables en tant que l'application simultanée est possible. La dérogation peut donc être partielle. Or, c'est précisément cette dérogation qui résulte des formalités différentes que le législateur a établies dans l'intérêt des tiers, d'abord par le code civil, puis par la loi hypothécaire. La signification qui saisit le cessionnaire à l'égard des tiers, d'après l'article 1690, avertit directement et authentiquement le débiteur; à son égard, l'inscription n'a pas de raison d'être; donc on n'en doit tenir aucun compte quand il s'agit de la validité du payement fait par le débiteur; il se libère valablement entre les mains de celui qui lui signifie sa cession, c'est-à-dire l'acte par lequel il est devenu propriétaire de la créance. Il en est tout autrement de l'inscription de la cession sur les registres du conservateur des hypothèques. C'est une innovation introduite par la loi hypothécaire. Quel en est le but? Les rapporteurs des deux chambres répondent que la publicité de la cession a pour objet de prévenir la fraude au préjudice des tiers. Cela ne concerne que les cessionnaires; c'est donc entre les cessionnaires que l'inscription de la cession ou le défaut d'inscription doivent produire leur effet; par conséquent, c'est l'article 5 qui décide lequel des cessionnaires est propriétaire de la créance; l'article 1690 est étranger à cette question. Sous l'empire du code civil, il est vrai, celui des cessionnaires qui avait signifié sa cession au débiteur était saisi à l'égard d'un second cessionnaire; mais, la signification étant un acte non public, la cession restait clandestine, et cette clandestinité prêtait à la fraude; voilà pourquoi la loi hypothécaire a prescrit la publicité de la cession; l'inscription a pour objet de sauvegarder l'intérêt des cessionnaires, que

seul propriétaire, et c'est au propriétaire de la créance que le payement doit être fait. Il faut en conclure que l'inscription l'emportera sur la signification, c'est-à-dire que, dans le conflit des deux cessions, le débiteur devra payer à celui des cessionnaires qui prouvera sa propriété; or, la propriété se prouve par l'inscription; c'est pour assurer la propriété que la loi hypothécaire a introduit la publicité; elle doit donc profiter à celui qui le premier a rempli la formalité prescrite pour devenir propriétaire à l'égard des tiers.

Il peut s'élever un autre conflit entre les deux cessionnaires. Ils ont pris inscription le même jour : lequel des deux sera propriétaire? La question est de savoir s'il faut appliquer l'article 123. Il nous semble que l'affirmative résulte du texte et de l'esprit de la loi. Le texte porte : « Si plusieurs titres *soumis à la publicité* ont été présentés le même jour à la conservation des hypothèques, la préférence se détermine d'après le numéro d'ordre sous lequel la remise des titres aura été mentionnée au registre destiné à cet effet, sans préjudice néanmoins de ce qui est prescrit à l'article 81. » Ainsi la loi établit une règle et une exception. La règle s'applique à tous les *titres soumis à la publicité*; donc aussi à l'acte de cession, qui, d'après l'article 5, doit être rendu public. Quant à l'exception, elle ne porte que sur les *inscriptions hypothécaires*; elle est étrangère à l'article 5; la publicité établie par cet article, n'étant pas comprise dans l'exception, rentre par cela même dans la règle. Tel est aussi l'esprit de la loi. Qu'a-t-on dit pour justifier la disposition de l'article 123? Que deux acquéreurs ne peuvent être propriétaires de la même chose pour le tout; le motif s'applique à la propriété d'une créance aussi bien qu'à la propriété d'un immeuble (1).

251. Nous arrivons à cette conclusion que, dans le cas d'une cession faite à plusieurs cessionnaires, les articles 1690 du code civil et 5 de la loi hypothécaire sont l'un et l'autre applicables, mais en distinguant les rapports des cessionnaires entre eux et leurs rapports avec le débiteur. S'agit-il, entre les cessionnaires, du point de savoir

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. 1, p. 209, n° 194.

lequel d'entre eux est propriétaire de la créance, c'est l'article 5 qui décide la question. S'agit-il de savoir à qui le débiteur peut et doit payer, il faut appliquer l'article 1690. Dira-t-on que c'est scinder arbitrairement les deux lois, qu'il faut les appliquer l'une et l'autre, ou n'appliquer que la dernière? L'objection ne tient aucun compte de la nature et des effets de l'abrogation tacite. Quand deux lois ont un seul et même objet, et que la dernière n'abroge pas expressément la première, les deux lois restent applicables en tant que l'application simultanée est possible. La dérogation peut donc être partielle. Or, c'est précisément cette dérogation qui résulte des formalités différentes que le législateur a établies dans l'intérêt des tiers, d'abord par le code civil, puis par la loi hypothécaire. La signification qui saisit le cessionnaire à l'égard des tiers, d'après l'article 1690, avertit directement et authentiquement le débiteur; à son égard, l'inscription n'a pas de raison d'être; donc on n'en doit tenir aucun compte quand il s'agit de la validité du payement fait par le débiteur; il se libère valablement entre les mains de celui qui lui signifie sa cession, c'est-à-dire l'acte par lequel il est devenu propriétaire de la créance. Il en est tout autrement de l'inscription de la cession sur les registres du conservateur des hypothèques. C'est une innovation introduite par la loi hypothécaire. Quel en est le but? Les rapporteurs des deux chambres répondent que la publicité de la cession a pour objet de prévenir la fraude au préjudice des tiers. Cela ne concerne que les cessionnaires; c'est donc entre les cessionnaires que l'inscription de la cession ou le défaut d'inscription doivent produire leur effet; par conséquent, c'est l'article 5 qui décide lequel des cessionnaires est propriétaire de la créance; l'article 1690 est étranger à cette question. Sous l'empire du code civil, il est vrai, celui des cessionnaires qui avait signifié sa cession au débiteur était saisi à l'égard d'un second cessionnaire; mais, la signification étant un acte non public, la cession restait clandestine, et cette clandestinité prêtait à la fraude; voilà pourquoi la loi hypothécaire a prescrit la publicité de la cession; l'inscription a pour objet de sauvegarder l'intérêt des cessionnaires, que

la clandestinité compromettait. De là suit que l'article 1690 ne peut plus être invoqué pour déterminer la question de propriété. Il serait souverainement absurde de dire que la signification est nécessaire pour qu'un cessionnaire soit propriétaire à l'égard de l'autre, alors que cette signification a été considérée, par le législateur nouveau, comme une formalité inefficace; que dis-je? compromettante à raison de sa clandestinité. Comprend-on un législateur qui dirait : « Le code Napoléon saisit les cessionnaires, à l'égard des tiers, par la signification; cette formalité n'avertit pas les tiers cessionnaires de l'existence de la cession; elle compromet donc leurs intérêts. Voilà pourquoi je veux que la cession soit inscrite. Toutefois j'entends que les cessionnaires fassent, outre l'inscription, la signification, c'est-à-dire qu'ils remplissent tout ensemble une formalité utile et une formalité inutile, une formalité efficace et une formalité inefficace, une formalité qui garantit les intérêts des tiers et une formalité qui ne les garantit pas. » Un pareil langage serait l'idéal de l'absurde, s'il y avait un idéal en fait d'absurdité.

252. Notre interprétation n'est pas celle des auteurs qui ont commenté la loi hypothécaire. Martou pose en principe que la cession n'est efficace, à l'égard des tiers, que par l'accomplissement des deux formalités prescrites par le code civil et par la loi hypothécaire. Et il en conclut que celui des deux cessionnaires qui les aura remplies toutes les deux obtiendra la préférence, c'est-à-dire sera propriétaire de la créance à l'égard des tiers, sans que l'on doive prendre en considération laquelle des deux formalités a été observée la première. On donne cet exemple. Je cède aujourd'hui une créance à Pierre, lequel signifie la cession au débiteur. Demain je cède la même créance à Paul, lequel fait inscrire la cession. Postérieurement Pierre, premier cessionnaire, requiert aussi l'inscription de sa cession. C'est Pierre qui sera propriétaire de la créance à l'égard de tous, même à l'égard de Paul, quoique celui-ci ait inscrit le premier la cession (1).

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, p. 208, n° 193.

Nous n'admettons ni le principe, ni la conséquence qui en découle. Dire que le cessionnaire, pour être saisi à l'égard d'un second cessionnaire, doit non-seulement prendre inscription, mais encore signifier la cession, c'est précisément faire dire au législateur l'absurdité que nous venons de signaler. Vainement invoque-t-on l'autorité des deux commissions. Tout ce que disent les rapporteurs, c'est que l'article 1690 du code civil n'est pas abrogé par l'article 5 de la loi hypothécaire. Cela est vrai, et nous l'admettons dans les limites de l'abrogation tacite. La signification prescrite par l'article 1690 doit être faite pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard du débiteur; en ce sens, la loi nouvelle maintient le code civil. De plus, le cessionnaire doit faire inscrire la cession pour qu'il puisse l'opposer à un second cessionnaire. En ce sens, les deux lois s'appliquent simultanément. Mais quand le conflit s'élève, entre deux cessionnaires, sur le point de savoir lequel des deux est propriétaire de la créance, nous disons que c'est exclusivement la loi nouvelle qui devra décider le litige; de sorte que, dans l'exemple que nous avons emprunté aux interprètes, c'est Paul, le second cessionnaire, qui sera propriétaire à l'égard du premier cessionnaire, parce qu'il a inscrit avant lui, bien qu'il n'ait pas signifié sa cession; tandis que le premier a fait la signification. Notre interprétation maintient les deux lois, et les applique l'une et l'autre, mais dans les rapports pour lesquels cette application est utile et efficace et a, par conséquent, une raison d'être. Si le débiteur paye à Pierre, premier cessionnaire, qui a signifié sa cession, le payement sera valable, le débiteur est libéré. Voilà le débat vidé en ce qui concerne le débiteur. Quant au conflit entre les deux cessionnaires, il est décidé par l'article 5. Cette disposition a pour objet de sauvegarder l'intérêt des tiers que l'article 1690 compromettait. Donc le cessionnaire qui le premier a fait inscrire sa cession doit l'emporter sur un autre cessionnaire, sinon il est trompé; se confiant en la publicité prescrite par la loi nouvelle, il a dû se croire propriétaire de la créance; il est certain que, jusqu'au moment de l'inscription, le créancier reste propriétaire à l'égard des tiers; donc, en cé-

dant de nouveau la créance avant que l'inscription de la première cession soit faite, il cède une créance qui lui appartient encore à l'égard des tiers. Partant, la seconde cession est valable à l'égard du premier cessionnaire, et le second doit avoir le droit de se prévaloir du défaut de publicité de la première cession, puisque c'est dans son intérêt que la publicité est établie. Lui objectera-t-on qu'il n'a pas signifié sa créance, tandis que le premier cessionnaire a fait la signification? Il répondra, et la réponse nous paraît décisive : « Il ne s'agit pas de savoir si le débiteur peut et doit payer le cessionnaire qui lui a signifié la cession; je conviens que, n'ayant pas signifié, je ne puis le contraindre à payer entre mes mains, alors qu'une première cession lui a été signifiée; je n'attaque pas le payement qu'il a fait, le débiteur est hors de cause. Mais je soutiens que, ayant inscrit le premier, je suis devenu propriétaire de la créance à l'égard du cessionnaire qui n'avait pas inscrit sa cession; celui-ci, légalement averti de la cession par cette publicité, ne pouvait plus inscrire sa cession, au préjudice du droit qui m'était acquis. S'il le pouvait, je serais trompé par la clandestinité de la signification qu'il a faite; et conçoit-on que, sous l'empire d'une loi qui proclame la publicité comme une sauvegarde des tiers, je sois induit en erreur par la clandestinité d'un acte prescrit par le code civil? Ce serait imputer au législateur une inconséquence que l'on ne doit pas même supposer, car on ne peut admettre que la clandestinité du code civil nuise aux tiers sous l'empire d'une loi de publicité qui a corrigé les vices du code civil. Qu'importe donc que le premier cessionnaire ait signifié sa cession? La loi nouvelle l'avertissait qu'il devait rendre sa cession publique pour pouvoir l'opposer aux tiers. Il ne l'a point fait; donc il ne peut se prévaloir de sa négligence contre moi, cessionnaire subséquent, il est vrai, mais cessionnaire ayant inscrit à un moment où les registres du conservateur m'apprenaient qu'il n'y avait pas de cession inscrite; donc j'ai dû traiter en toute confiance avec le créancier, et un premier cessionnaire, inconnu lors de l'inscription de ma cession, ne peut m'opposer sa cession, quoique signifiée; car cette

signification, je n'avais aucun moyen de la connaître. »

253. Il se présente encore une difficulté dans cette difficile matière. Le cessionnaire d'une créance hypothécaire fait inscrire la cession sans la signifier; postérieurement à l'inscription, les créanciers du cédant saisissent la créance. Le cessionnaire peut-il former opposition à la saisie, en disant que la créance n'est plus dans le patrimoine du débiteur à qui elle appartenait, et que, partant, ses créanciers ne peuvent plus la saisir? Ou les créanciers peuvent-ils repousser le cessionnaire en disant qu'à leur égard la cession n'a pas d'effet, puisque le cessionnaire n'a pas rempli la formalité de la signification? Ce que nous venons de dire (n° 251) préjuge la solution de la question, dans notre opinion. Les créanciers du cédant ne peuvent saisir la créance qu'il a cédée que si, lors de la saisie, elle est encore dans son patrimoine; or, par la cession, elle est sortie de son patrimoine pour entrer dans celui du cessionnaire. Celui-ci est devenu propriétaire de la créance à l'égard des tiers, indépendamment de toute signification de la cession au débiteur; dès lors la saisie pratiquée par les créanciers du cédant est inopérante, ils saisissent une créance qui n'appartenait plus à leur débiteur; le droit de gage, en vertu duquel ils agissent, est éteint par la cession que le débiteur a faite, à condition que cette cession leur soit opposable; or, l'article 5 de la loi hypothécaire dit que la cession inscrite peut leur être opposée.

Objectera-t-on qu'à l'égard du débiteur le cessionnaire n'est pas saisi, parce qu'il n'a pas signifié la cession? Nous répondons qu'il ne s'agit pas des rapports du créancier avec le débiteur, il s'agit d'un conflit entre le cessionnaire et le créancier saisissant. Le créancier qui saisit la créance cédée prétend que cette créance est encore dans le domaine de son débiteur, qui l'a cédée; tandis que le cessionnaire soutient que la créance cédée n'est plus dans le domaine du débiteur. Est-ce la signification, ou est-ce l'inscription qui décide si le cédant a cessé d'être propriétaire et si le cessionnaire l'est devenu à l'égard des tiers? La signification n'a qu'un seul effet, c'est que le débiteur peut et doit payer entre les mains du cessionnaire qui lui a signifié la

cession; c'est l'inscription qui transporte la propriété à l'égard des tiers (n° 251). Donc le cessionnaire qui a inscrit est propriétaire à l'égard des créanciers du cédant; par conséquent, ceux-ci ne peuvent plus saisir, entre les mains du cédant, une créance qui, à leur égard, n'est plus dans son patrimoine. La saisie étant nulle, le débiteur devra payer au cessionnaire dès que celui-ci aura justifié de sa propriété, en produisant l'acte de cession.

Ici revient l'objection puisée dans les rapports des deux commissions; nous avons répondu d'avance en ce qui concerne le principe; il nous faut compléter la réponse, en appliquant notre principe à l'espèce. Les rapports disent que la loi hypothécaire ne déroge point à l'article 1690. Cela veut-il dire que le cessionnaire, pour être saisi à l'égard des créanciers du cédant, doit faire inscrire la cession et, de plus, la signifier au débiteur? La cour de Gand l'a jugé ainsi (1), en s'appuyant sur les termes absolus du rapport de M. Lelièvre. Constatons d'abord qu'il s'agit des rapports du cessionnaire avec les créanciers du cédant; or, dans les travaux préparatoires, il n'a pas été dit un mot des créanciers chirographaires; de là le doute sur le point de savoir si ces créanciers peuvent se prévaloir du défaut de publicité. Dans l'espèce, la cession a été rendue publique; dès lors elle peut être opposée aux tiers, partant aux créanciers. C'est la disposition de l'article 5. On demande si, outre l'inscription, il faut une signification. Sous l'empire du code civil, une signification était nécessaire pour saisir le cessionnaire à l'égard des créanciers du cédant. Cette signification leur donnait-elle une garantie quelconque? Non; sur ce point tout le monde est d'accord; la signification restait secrète; par conséquent, elle n'avertissait pas les créanciers que la créance était cédée et qu'elle n'était plus dans le patrimoine du cédant; l'inscription hypothécaire subsistant au profit du cédant, ils devaient croire que la créance n'avait pas changé de propriétaire. Quand ils saisissaient la créance, il suffisait de prouver que la cession avait été signifiée au débiteur pour faire tomber la

(1) Gand, 27 novembre 1863 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 311).

saisie. En définitive, la signification était une formalité inutile, inefficace à l'égard des créanciers du cédant. La seule garantie qu'ils puissent avoir, c'est que la cession soit rendue publique. Cette garantie, la nouvelle loi la leur donne. Ainsi il est reconnu que la formalité prescrite par le code civil était inefficace, partant inutile à l'égard des créanciers du cédant; tandis que la formalité établie par la loi hypothécaire leur offre la seule garantie que des créanciers chirographaires puissent avoir, celle qui résulte de la publicité. Nous voici donc de nouveau en présence de deux lois, dont la dernière supplée à l'insuffisance de la première : n'est-ce pas une raison déterminante pour décider que la loi ancienne est abrogée par la loi nouvelle? Quoi! l'article 1690 prescrit la signification dans l'intérêt des tiers, et il se trouve que cette formalité est tout à fait insuffisante pour sauvegarder leurs intérêts; le législateur établit une formalité nouvelle qui leur offre la garantie que le code civil ne leur donnait point; et néanmoins le législateur nouveau dirait qu'outre la formalité efficace, les cessionnaires doivent encore remplir la formalité inefficace, formalité qui n'a plus aucune raison d'être sous la loi nouvelle! C'est faire dire au législateur une absurdité. Si le législateur avait consacré cette absurdité, l'interprète devrait respecter la loi, quoique absurde; mais il est plus que probable que les rapporteurs des deux chambres, en disant que l'article 1690 était maintenu, n'ont pas songé aux créanciers chirographaires, dont il n'avait pas été question. Leurs paroles n'ont donc pas le sens absolu qu'elles paraissent avoir. En tout cas, il faut interpréter les rapports de manière à ne pas faire dire à la loi une chose absurde, en considérant comme obligatoire une formalité qui, sous l'empire d'une loi de publicité, n'a plus aucune raison d'être.

N° 4. DE L'ACTION EN DÉCLARATION DE CRÉANCE.

251. La loi belge ne soumet pas à la publicité la libération du débiteur qui a acquitté une créance hypothécaire. Il y a cependant pour les tiers un intérêt à savoir que les

dettes garanties par une hypothèque sont éteintes; car dans l'ignorance où ils sont que le débiteur est libéré, ils peuvent croire que la créance existe encore, et ils doivent le croire, puisque l'inscription hypothécaire subsiste, les débiteurs ne demandant pas la radiation à cause des frais qu'elle entraîne. La libération du débiteur n'étant pas rendue publique, les tiers traiteront avec le créancier de mauvaise foi, qui après avoir reçu son payement, cède la créance éteinte. Ainsi la clandestinité de la libération induit les tiers en erreur et leur est préjudiciable : pourquoi donc le législateur belge n'a-t-il pas ordonné de la rendre publique? La commission spéciale en dit la raison. C'est que la nécessité d'inscrire la libération pour pouvoir l'opposer aux tiers aurait été un grand danger pour le débiteur, et avant de songer aux intérêts des tiers, le législateur devait sauvegarder les droits du débiteur. Or, si pour être libéré à l'égard des tiers, il avait dû rendre sa libération publique, voici ce qui aurait pu arriver. Le créancier de mauvaise foi aurait vendu la créance éteinte avant que le débiteur eût pu inscrire sa libération, et si le cessionnaire avait inscrit la cession, il aurait été propriétaire à l'égard du débiteur, et celui-ci aurait dû payer une seconde fois. Les auteurs de la loi nouvelle ont reculé devant le danger qui menaçait le débiteur, comme ils ont reculé devant le danger que le légataire aurait couru si l'on avait prescrit la publicité des actes de dernière volonté. Mais en veillant aux intérêts du débiteur, la loi ne devait pas oublier ceux des tiers, qu'elle a pour but de garantir. Tel est l'objet de l'article 6, qui donne aux cessionnaires l'action en déclaration de créance contre le débiteur. Cette action tend à constater que la créance existe ou qu'elle est éteinte; le cessionnaire, en ajournant le payement, saura à quoi s'en tenir, et ne sera pas dans le cas de payer le prix d'une créance qui n'existe plus (1).

255. L'article 6 de la loi hypothécaire porte : « Toute personne contre laquelle il existe une inscription hypothécaire, prise pour sûreté d'une créance liquide et certaine

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 14, 10°).

pourra, même avant l'échéance de la dette, être assigné par le cessionnaire du créancier. » Il résulte du texte que l'action en déclaration de créance n'appartient qu'au *cessionnaire;* c'est-à-dire qu'elle ne peut être formée que lorsque la cession est accomplie. Comme l'action a pour objet de constater l'existence de la créance, on pourrait croire que la loi aurait dû la donner au tiers qui se propose d'acheter une créance, afin qu'il n'achète pas une créance qui n'existe point. Mais le législateur ne peut pas accorder une action à celui qui n'a point d'intérêt; or, la volonté d'acheter ne donne aucun droit au tiers. D'un autre côté, la loi a dû tenir compte des droits du débiteur; il ne peut pas être tenu de répondre à la demande d'un premier venu qui, sans droit actuel, vient se mêler de ses affaires. Il faut ajouter que l'action postérieure à la cession suffit pour garantir les intérêts du tiers qui achète la créance; le cessionnaire peut stipuler, en effet, qu'il ne payera le prix que lorsque l'action en déclaration de créance lui aura donné la certitude que la créance existe (1).

256. L'article 6 ne parle que du *cessionnaire*. En faut-il conclure que le tiers subrogé n'a point l'action en déclaration de créance? Non, l'article 6 se rapporte à l'article précédent dont il est une suite; et l'article 5 s'applique à toute mutation qui se fait dans la propriété d'une créance; si l'article 6 ne répète pas ce que l'article 5 dit de la subrogation, c'est pour ne pas embrouiller la rédaction qui est déjà un peu obscure; il était d'ailleurs inutile de répéter ce que la loi venait de dire (2).

257. Il y a encore une autre différence de rédaction entre les deux articles. Le premier parle de la cession d'une créance *privilégiée* ou *hypothécaire* inscrite, tandis que le second semble ne s'appliquer qu'aux créances *hypothécaires*, puisqu'il ne parle que des personnes contre lesquelles il existe une inscription *hypothécaire*. A vrai dire, il n'y a pas d'expression spéciale aux priviléges pour marquer l'inscription; la loi traite dans un seul et même

(1) Martou, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 222, n° 212.
(2) Martou, *Commentaire*, t. I, p 223, n° 214.

chapitre du mode de l'*inscription* des *priviléges* et *hypothèques*; les formalités sont identiques; l'expression *inscription hypothécaire* comprend donc l'inscription des priviléges aussi bien que celle des hypothèques. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute : celui qui achète une créance privilégiée doit pouvoir s'assurer de son existence aussi bien que celui qui achète une créance hypothécaire.

On pourrait dire qu'il y a même raison de permettre à celui qui achète une créance non privilégiée ni hypothécaire, de s'assurer que la créance existe. Cela est vrai; mais la loi hypothécaire ne s'occupe pas des créances mobilières purement personnelles, et le législateur n'a pas voulu modifier le code civil. Il faut donc s'en tenir aux principes généraux de droit, d'après lesquels le cessionnaire n'a contre le débiteur qu'une action en payement de la créance cédée, sauf à agir en garantie contre le cédant si la créance cédée était éteinte.

258. La loi suppose qu'il existe contre une personne une inscription hypothécaire; c'est là la base de l'action que le cessionnaire peut intenter. Si le cédant n'a pas pris inscription, en résultera-t-il que le cessionnaire ne pourra pas former l'action en déclaration de créance? On l'a soutenu, en se fondant sur le texte de l'article 6 (1). Nous croyons que la loi suppose seulement qu'il existe une inscription hypothécaire, elle ne fait pas de cette inscription une condition de l'action. Une pareille condition n'aurait pas de raison d'être. Si j'achète une créance privilégiée ou hypothécaire, c'est à raison du privilége ou de l'hypothèque qui la garantissent; or, sans l'inscription, le privilége et l'hypothèque sont inefficaces. J'ai donc grand intérêt à m'assurer si le privilége et l'hypothèque sont inscrits. Régulièrement il y aura inscription, et les lois ne prévoient que les cas ordinaires. S'il n'y a pas d'inscription, j'ai une raison de plus de m'assurer de l'existence de la créance et des garanties accessoires qui en assurent le payement. Après tout, rien ne m'empêche de prendre inscription en

(1) Casier, *Etudes*, n° 106. En sens contraire, Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 127, n° 241, et Martou, *Commentaire*, t. I, p. 224, n° 216.

mon nom, l'article 5 m'en donne le droit; et dès que le privilége et l'hypothèque sont inscrits, je suis dans les termes de la loi, et, par suite, je puis agir en déclaration de créance.

259. La loi dit que le cessionnaire peut agir en déclaration contre le débiteur. Elle n'exige pas formellement que la cession soit inscrite ou signifiée. Faut-il induire du silence de la loi que le cessionnaire peut agir avant d'avoir fait inscrire sa cession ou de l'avoir signifiée? Il faut appliquer le principe qui résulte de l'article 5 : une cession non inscrite n'existe pas à l'égard des tiers, donc le cessionnaire ne peut pas s'en prévaloir pour agir en justice contre le débiteur; celui-ci répondrait que l'on ne peut pas lui opposer une cession non inscrite. Il se présente un autre doute. Le cessionnaire est saisi à l'égard du débiteur par la signification de la cession : en faut-il conclure que la signification suffit et que le débiteur n'a pas le droit d'exiger l'inscription? Nous croyons que la signification saisit le cessionnaire à l'égard du débiteur, en ce sens que celui-ci peut et doit payer entre les mains du cessionnaire. Mais l'action en déclaration de créance ne tend pas au payement; elle a pour unique objet de s'assurer que la créance cédée existe encore; or, c'est comme acheteur que le cessionnaire a intérêt de savoir si la créance existe ou non, afin qu'il soit sûr d'être propriétaire avant de payer le prix de la créance. C'est donc une question de propriété qui fait l'objet du litige; dès lors l'article 5 est applicable. Dira-t-on que le débiteur n'est pas intéressé à exiger l'inscription une fois que la signification est faite? Nous répondons qu'il a intérêt de savoir s'il n'y a pas un autre cessionnaire qui viendra intenter une action en déclaration contre lui; ce qui ramène encore une fois le débat sur le terrain de l'article 5. Dès qu'il ne s'agit pas du payement de la créance, le débiteur est un tiers dans le sens de cet article; partant, il peut opposer au cessionnaire le défaut de publicité. Cela nous paraît décisif (1).

260. L'article 6 exige que l'inscription hypothécaire

(1) Comparez Casier, n° 108; Cloes, t. I, n° 240, et Martou, t. I, n° 213.

soit prise pour sûreté d'une créance liquide et certaine. Si la créance n'est pas liquide, le cessionnaire ne pourra pas agir en déclaration. Pourquoi la loi subordonne-t-elle l'action en déclaration à la liquidité de la créance? On n'en sait rien. Une créance conditionnelle est incertaine quant à son existence; elle peut néanmoins être cédée : pourquoi le cessionnaire n'a-t-il pas le droit de s'assurer que cette créance existe? On peut stipuler une hypothèque et prendre inscription pour sûreté d'un crédit ouvert; la somme fournie au crédité n'est pas déterminée; est-ce une raison pour qu'on ne puisse pas s'assurer de l'existence de la créance? Martou suppose que le législateur a exigé cette condition, par suite de l'analogie qu'il établit entre la cession d'une créance et la saisie; mais l'analogie ne concerne que les formes; quant au fond, il y a une différence essentielle entre la saisie, qui est une voie d'exécution, et l'action en déclaration de créance, qui n'a pour objet qu'un simple renseignement (1).

261. L'action peut être intentée, dit l'article 6, avant l'échéance de la dette. Cela était inutile à dire; quand la dette est échue, le cessionnaire peut exiger le payement, ce qui est le moyen le plus simple et le plus énergique de s'assurer si la créance cédée existe.

262. L'article 6 ajoute que la demande est dispensée des préliminaires de conciliation. Elle a pour objet un simple renseignement; il n'y a pas de contestation entre le cessionnaire et le débiteur; partant, il n'y a pas lieu à conciliation.

263. L'action doit être intentée devant le tribunal du domicile du débiteur. C'est l'application d'un principe général; la demande est purement personnelle, quoiqu'il s'agisse d'un droit réel immobilier; mais l'action n'a rien de commun avec l'immeuble grevé du droit réel, elle porte uniquement sur un fait : y a-t-il ou non extinction de la créance? Le débiteur doit répondre à cette question. La demande étant personnelle, on doit la porter devant le tribunal du domicile du défendeur.

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 225, n° 220.

264. Le débiteur assigné doit faire la déclaration prescrite par l'article 570 du code de procédure. Cet article concerne la déclaration que le débiteur doit faire en cas de saisie-arrêt; la saisie lui est notifiée, et sur l'assignation en validité, il déclare si la créance saisie existe ou non. Sous ce rapport, il y a analogie entre le tiers saisi et le débiteur de la créance cédée. En conséquence le deuxième alinéa de l'article 6 porte : « L'assigné sera tenu de se conformer aux dispositions des articles 571 et suivants du code de procédure. » L'affirmation se fait régulièrement au greffe, avec assistance d'un avoué. Ce n'est pas une déclaration assermentée. La loi se contente d'une simple déclaration. Le fait essentiel qui doit être déclaré, c'est si la créance existe ou si la dette est éteinte. Toutefois il y a des faits accessoires que le cessionnaire a aussi intérêt à connaître. Le code de procédure (art. 573) veut que la déclaration énonce les causes et le montant de la dette; les payements à compte, s'il en a été fait; l'acte ou les causes de libération, si l'assigné n'est plus débiteur; et, dans tous les cas, les saisies-arrêts formées entre ses mains. Une déclaration sans pièces justificatives ne serait pas une preuve, et le fait ne doit pas seulement être déclaré, il faut aussi qu'il soit prouvé : l'article 574 veut que les pièces justificatives soient annexées à la déclaration, et déposées au greffe, où le cessionnaire en pourra prendre communication.

265. Le cessionnaire a le droit de contester la déclaration faite par le débiteur. Dans ce cas, un procès s'engage. Si la déclaration n'est pas contestée, dit l'article 576, il ne sera fait aucune autre procédure.

266. Il se peut que le débiteur ne fasse pas la déclaration, ou qu'il ne la fasse pas conformément au code de procédure. Dans ce cas, dit l'article 6, le cessionnaire peut le réassigner par un huissier à ce commis, aux fins d'être déclaré débiteur pur et simple. Le tribunal ne doit pas le déclarer débiteur; puisqu'il y a réassignation, il y a procès : le débiteur donnera les raisons pour lesquelles il n'a point fait la déclaration, et le tribunal décidera.

DEUXIÈME PARTIE.

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES (1).

CHAPITRE Ier.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

§ Ier. *Droits des créanciers à l'égard du débiteur.*

267. L'article 7 (code civil, art. 2092) porte : « Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens, mobiliers ou immobiliers, présents et à venir. » C'est la reproduction de l'article 2092 avec une légère modification. Le code dit : *s'est* obligé; tandis que la loi belge dit : *est* obligé. Delvincourt a déjà fait la remarque que la rédaction du code ne s'applique qu'aux obligations conventionnelles qui naissent d'un concours de consentement (art. 1101). Il y a des engagements qui se forment sans qu'il intervienne aucune convention : les uns, dit l'article 1370, résultent de l'autorité seule de la loi, les autres naissent d'un fait. Or, quand une per-

(1) Sources : Martou, *Commentaire de la loi du 16 décembre* 1851, 4 vol. in-8° (Bruxelles, 1855).
Cloes, *Commentaire de la loi de* 1851, 3 vol. in-8° (Liége, 1861 et suiv.).
Tarrible, *des Priviléges et Hypothèques*, 2 vol. in-8° (Liége, 1819).
Persil, *Questions sur les Priviléges et les Hypothèques*, 2 vol. in-8° (Paris, 1820), et *Régime hypothécaire*, 2 vol. in-8° (Paris, 1833).
Battur, *Traité des Priviléges et des Hypothèques*, 2e édition, 4 vol. in-8° (Paris, 1823).
Grenier, *Traité des Hypothèques*, 3e édit. (Clermont-Ferrand, 1829).
Valette, *Traité des Priviléges et des Hypothèques*. La première livraison a seule paru (Paris, 1846).
Troplong, *Commentaire du titre des Priviléges et Hypothèques*, 5e édit. (Paris, 1854, 4 vol. in-8°).
Mourlon, *Examen critique du Commentaire de Troplong*, 2 vol. (Paris, 1855).
Pont, *Commentaire du titre des Priviléges et Hypothèques*, 2e edit. (Paris, 1868, 2 vol. in-8°).

sonne est obligée en vertu de la loi, elle l'est sans son consentement, donc sans qu'elle *se* soit obligée. De même celui qui est obligé par un quasi-contrat, tel que le maître dont l'affaire est gérée par un tiers, est obligé, sans *s'*être obligé. Quelle que soit la cause des obligations, les effets sont identiques; tous ceux qui sont obligés doivent remplir leurs engagements sur leurs biens, quand même ils n'auraient pas consenti. Il fallait donc dire, comme le fait la loi hypothécaire : « Quiconque *est* obligé. »

Quel est le fondement du principe établi par l'article 7? Toute obligation implique la nécessité légale de faire ou de donner ce qui fait l'objet de l'engagement. En quoi consiste cette nécessité? C'est que le débiteur peut être contraint à remplir l'obligation qui lui incombe. Quelles sont ces voies de contrainte? On n'en conçoit que deux : la contrainte peut être exercée sur la personne ou sur les biens. Chez les anciens, on considérait la personne du débiteur comme devant répondre des engagements qu'il contractait, en ce sens qu'il engageait sa liberté et même sa vie. Les Romains, peuple juridique par excellence, avaient écrit ce droit barbare, en lettres de sang, sur leurs fameuses *Tables*. Cela prouve que les anciens n'avaient aucune idée de la liberté individuelle. Le créancier n'a que des droits pécuniaires, et ces droits ne lui permettent pas de disposer de la vie et de la liberté de son débiteur, car la vie et la liberté ne peuvent pas être engagées, elles sont inaliénables de leur essence. Des droits pécuniaires ne peuvent s'exercer que sur des biens qui ont une valeur pécuniaire, et la liberté, la vie de l'homme sont des choses inestimables. De là le vieil adage ; *Qui s'oblige oblige le sien*. La loi le formule en termes plus généraux, en disant : « Quiconque est obligé, doit remplir ses engagements sur ses biens (1). »

268. La loi dit : « *Quiconque* est obligé. » Conçu dans les termes les plus généraux, le principe s'applique à *tout* débiteur, sans distinguer entre ceux qui sont capables d'aliéner et ceux qui sont incapables; il suffit qu'ils soient

(1) Troplong, n° 2. Martou, t. I, p. 235. n°s 241 et 242.

valablement obligés pour qu'ils soient tenus de remplir leurs obligations sur leurs biens. Le mineur est lié par les engagements que contracte le tuteur dans les limites de ses pouvoirs; il est tenu par conséquent sur tous ses biens. Cela n'a jamais été contesté, sauf que, dans l'ancien droit, on permettait au mineur de demander la rescision pour cause de lésion, même des actes que le tuteur avait le droit de faire. Dans notre législation moderne, le mineur ne peut plus demander la rescision de ces actes; il n'a qu'une action en responsabilité contre le tuteur.

L'application du principe souffre quelque doute, quand il s'agit d'incapables qui peuvent s'obliger pour les besoins de leur administration, mais qui n'ont pas le droit d'aliéner. Tels sont le mineur émancipé et la femme séparée de biens. Nous prendrons pour exemple la femme séparée, pour laquelle il y a un texte, tandis que, pour le mineur émancipé, tout est sujet à controverse, même le droit d'aliéner son mobilier. Aux termes de l'article 1449, la femme séparée a la libre administration de ses biens; elle peut donc s'obliger quand elle administre; mais elle n'a pas le pouvoir absolu d'aliéner; la loi distingue, elle permet à la femme de disposer de son mobilier, elle lui défend d'aliéner ses immeubles sans autorisation du mari ou de justice. On demande si la femme en s'obligeant, engage ses biens mobiliers et immobiliers. L'affirmative, à notre avis, est certaine. En effet, l'article 7 ne distingue pas, et il n'est pas permis à l'interprète de distinguer, car le principe consacré par la loi ne comporte pas de distinction. Toute obligation implique la nécessité juridique de la remplir; on ne conçoit pas qu'il y ait des débiteurs qui ne puissent pas être forcés d'exécuter leurs engagements. Ce serait là une exception à une règle qui est d'intérêt public, car la société est intéressée à ce que les engagements des débiteurs soient remplis; il faudrait donc un texte qui consacrât cet étrange privilége au profit des incapables. La loi s'est bien gardée de le leur accorder, car il leur eût été funeste. Qui voudrait traiter avec des incapables que le créancier ne pourrait pas contraindre à exécuter leurs engagements? Ainsi la loi donnerait à la femme la libre ad-

ministration de ses biens, et elle la mettrait dans l'impossibilité d'administrer! Car on ne peut administrer sans s'obliger, et la femme ne trouvera personne qui veuille contracter avec elle, si elle ne peut lui offrir la garantie de ses biens comme gage.

On objecte que la femme ne peut aliéner que son mobilier, qu'elle ne peut aliéner ses immeubles sans y être autorisée. Voilà, dit-on, le texte qui déroge à l'article 7 (code civil, art. 2092). La règle *qui s'oblige oblige le sien* s'applique aux personnes capables; quant aux incapables, il faut s'en tenir aux dispositions restrictives de la loi. Il est impossible, dit-on, que l'article 7 donne à la femme séparée le droit d'engager ses immeubles, alors que l'article 1449 lui défend de les aliéner; car en engageant ses immeubles, la femme les aliène indirectement, puisqu'elle donne au créancier le droit de les saisir et de les faire vendre. On répond, et la réponse est péremptoire, que l'article 1449, en disposant que la femme ne peut aliéner ses immeubles sans autorisation, entend dire qu'elle ne peut les vendre, en transporter la propriété: tel est le sens du mot *aliéner*. Or, la femme en s'obligeant n'aliène pas ses immeubles, pas plus que son mobilier; cela est si vrai, qu'après s'être obligée, elle conserve la pleine propriété de tous ses biens, elle peut les vendre, les meubles sans y être autorisée, et les immeubles avec autorisation. Donc l'article 1449 ne déroge pas à l'article 2092 (loi hyp., art. 7). Vainement dit-on que l'obligation contractée par la femme conduira à la vente forcée de ses immeubles si elle ne remplit pas ses engagements. Sans doute, mais cette conséquence qui résulte de ses obligations est indépendante de sa volonté; ce n'est pas elle qui donne pouvoir au créancier de l'exproprier, c'est la loi qui, dans un intérêt public, attache cet effet à toute obligation. En définitive, l'article 2092 et l'article 1449 se concilient parfaitement. Quand l'article 1449 défend à la femme d'aliéner sans autorisation, il entend qu'elle ne peut pas vendre ses immeubles. Et si l'article 2092 lui permet d'engager tous ses biens en contractant une dette, c'est que l'exécution forcée sur les biens du débiteur est de l'essence de toute obligation (t. XXII, n° 314).

Ce que nous disons de la femme mariée s'applique au mineur émancipé. Quand même on admettrait qu'il ne peut aliéner son mobilier, il peut, en s'obligeant pour les besoins de son administration, engager tous ses biens, meubles et immeubles. Il en est de même des personnes placées sous conseil judiciaire; il leur est défendu d'aliéner (art. 499 et 513), il ne leur est pas défendu d'administrer et de s'obliger pour leur administration, ce qui rend l'article 7 applicable (1).

269. L'article 7 dit : « Quiconque est obligé *personnellement*. » Ce dernier mot est de trop; toute obligation implique un lien *personnel* par lequel le débiteur est tenu de donner ou de faire ce qui est l'objet de l'engagement. Si la loi ajoute le mot *personnellement*, c'est pour marquer la différence qui existe entre le lien personnel et le lien réel. Les deux liens peuvent coexister, ils peuvent aussi être séparés. Quand je donne un immeuble en hypothèque à mon créancier, je suis tenu *personnellement*, comme débiteur, sur tous mes biens, et je suis tenu *réellement* sur l'immeuble hypothéqué. La différence est grande entre ces deux liens. Comme débiteur personnel, je reste maître de disposer de mes biens, j'en conserve la pleine propriété; tandis que je ne peux plus disposer librement d'un immeuble que j'ai hypothéqué; mon droit est démembré, limité par le droit du créancier hypothécaire. Le lien réel est donc plus étroit que le lien personnel. Par contre, celui-ci s'étend à tous les biens du débiteur, meubles et immeubles, présents et à venir, tandis que le lien réel est spécial de sa nature. Les deux liens peuvent être séparés. Si j'hypothèque mon immeuble pour la dette d'un tiers, moi je serai tenu réellement, et le tiers débiteur sera obligé personnellement. Ici éclate de nouveau la différence qui existe entre les deux liens. Comme détenteur de l'immeuble hypothéqué, je puis être poursuivi par le créancier hypothécaire, mais cette action ne se dirige pas contre ma personne, elle se dirige contre l'immeuble. Je suis actionné

(1) Pont, t. I, p. 8, n° 16, et, en sens divers, les auteurs qu'il cite. Mourlon, *Examen critique*, t. I, p. 6, n° 6.

comme détenteur de l'immeuble; en le délaissant, je m'affranchis de l'action. Le débiteur, au contraire, sera tenu personnellement, et par conséquent sur tous ses biens; il n'est pas admis à en faire le délaissement à son créancier, car il aurait beau délaisser ses biens, il resterait tenu en vertu du lien personnel, lequel subsiste tant que la dette n'est pas acquittée. Il n'en serait autrement que si les créanciers consentaient à la cession de biens, avec cet effet que le débiteur soit libéré.

Il importe donc beaucoup de savoir quand il y a lien réel, quand il y a lien personnel. C'est l'obligation qui crée le lien personnel, et l'obligation naît de la loi, des contrats, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits. Le lien réel naît d'un droit réel constitué sur un objet mobilier ou immobilier, soit en vertu d'un contrat, soit par un testament, soit par la loi : tels sont les servitudes, les priviléges et les hypothèques. On cite encore comme exemples l'héritier bénéficiaire et les successeurs irréguliers (1). Cela n'est pas exact; l'héritier, quoique bénéficiaire, est le représentant de la personne du défunt, donc débiteur personnel, mais son obligation n'est pas indéfinie, comme l'est, en général, l'obligation de tout débiteur; il ne doit payer les dettes héréditaires que jusqu'à concurrence de son émolument. Il est vrai qu'il peut faire l'abandon des biens aux créanciers et légataires; mais de là on a tort de conclure qu'il n'est pas débiteur personnel, car, malgré l'abandon, il reste héritier, donc débiteur. Les successeurs irréguliers sont des successeurs universels; donc ils sont tenus des dettes du défunt, et ils en sont tenus comme débiteurs personnels; mais de même que l'héritier bénéficiaire, ils ne sont pas tenus *ultra vires*. Il ne faut donc pas confondre le débiteur *limité* avec celui qui n'est tenu qu'en vertu d'un lien réel.

270. Le débiteur personnel, dit l'article 7, est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens, mobiliers ou immobiliers. Il résulte de la nature du principe qu'il reçoit son application à tous les biens, sans qu'il y ait à distin-

(1) Pont, t. I, p. 5, n° 9.

guer s'ils sont meubles ou immeubles; tout ce que le débiteur possède est le gage de ses créanciers. Toutefois, quand le débiteur est insolvable, on établit une différence entre la masse mobilière et la masse immobilière; ce ne sont pas toujours les mêmes créanciers qui concourent dans les deux masses, et la poursuite de leurs droits ne se fait pas de la même manière. La distinction vient de ce qu'il y a des créanciers qui ont des droits particuliers sur certains biens. Nous reviendrons sur les droits de préférence qui concernent les rapports des créanciers entre eux. Pour le moment, il n'est question que des droits des créanciers contre le débiteur et sur ses biens.

La loi dit que le débiteur est *tenu* de remplir ses engagements sur tous ses biens. Comment cette obligation du débiteur se réalise-t-elle? Par la saisie de ses biens et la vente forcée qui la suit. Tout créancier a le droit d'exproprier les biens qui appartiennent à son débiteur; sous ce rapport, il n'y a aucune différence entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires ou privilégiés. Et comme leur droit s'étend sur tous les biens, ils peuvent l'exercer comme ils l'entendent, saisir le mobilier ou les immeubles, saisir tel bien ou tel autre. Toutefois la loi du 15 août 1854 sur l'expropriation apporte quelques restrictions à la faculté absolue qui résulte du principe de l'article 7 (code civil, art. 2092). Quand un créancier a une hypothèque, il doit commencer par exproprier les biens qui lui sont hypothéqués; ce n'est qu'en cas d'insuffisance de ces biens qu'il peut procéder à l'expropriation des biens qui ne lui sont pas hypothéqués (art. 4). Au premier abord, la restriction paraît étrange, car elle limite les droits des créanciers qui, à titre de créanciers hypothécaires, l'emportent sur les créanciers personnels. Mais cette limitation résulte de la garantie spéciale qu'ils ont stipulée et qui, en général, leur suffit. Cela ne compromet, du reste, en rien leurs intérêts, puisque, après avoir exproprié les biens qui leur sont affectés, ils ont le droit d'exproprier les autres biens et de concourir avec les créanciers chirographaires. Ils ont donc une garantie spéciale, et ils profitent du gage général que la loi donne à tout créancier sur les biens de

son débiteur. La loi de 1854 établit encore d'autres restrictions d'un caractère plus spécial; il y en a aussi qu'elle abolit. Nous n'entrons pas dans ces détails, qui appartiennent à la procédure (1).

271. Les auteurs ajoutent que le débiteur est tenu de emplir ses engagements sur ses biens incorporels comme ur ses biens corporels. Il était inutile de le dire, puisque notre droit moderne ne fait plus de différence entre ces créances et les objets corporels, mobiliers ou immobiliers, quant aux droits de celui à qui elles appartiennent. C'est un droit de propriété, et le créancier a tous les droits d'un propriétaire : il peut vendre les créances, comme tout autre bien qui se trouve dans son domaine; ses créanciers doivent donc avoir sur les biens incorporels les mêmes droits qu'ils ont sur les biens corporels. L'article 1166 en déduit la conséquence que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur.

272. Enfin, aux termes de l'article 7 (code civil, art. 2092), le débiteur est tenu sur ses biens présents et à venir. L'engagement du débiteur n'est pas limité aux biens qu'il possède au moment où l'obligation prend naissance : il s'étend à tous les biens que le débiteur pourra acquérir. Quelle en est la raison? Le droit que le créancier acquiert sur les biens du débiteur n'est pas un droit réel; la loi dit, il est vrai, que les biens du débiteur sont le *gage* de ses créanciers (art. 8), mais ce droit de gage n'a rien de commun avec le nantissement qui donne au créancier un privilége sur l'objet mobilier que le débiteur lui remet pour sûreté de la dette (art. 2071); les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers, en ce sens que, s'il ne paye pas la dette, les créanciers peuvent saisir ses biens et les faire vendre, à l'effet d'être payés sur le prix provenant de la vente. Ce gage général ne confère aucun droit actuel aux créanciers sur es biens, il n'en donne que pour le cas où le débiteur ne satisfait pas à ses engagements, c'est-à-dire quand il tombe en déconfiture ou en faillite. Ainsi le droit de gage des créanciers ne se réalise que lors de la saisie, et les

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 246, n° 252.

créanciers peuvent saisir naturellement tous les biens qui, à ce moment, sont dans le domaine de leur débiteur. Peu importe quelle est la date des créances, peu importe à quelle époque les biens ont été acquis; ce n'est pas tel ou tel bien, appartenant au débiteur à telle époque, qui est frappé du gage général établi par l'article 7, c'est tout le patrimoine du débiteur, tel qu'il existe lors des poursuites dirigées par les créanciers en exécution de leurs droits.

273. Du principe que le débiteur est tenu sur ses biens présents et à venir, il faut se garder de conclure que les créanciers ont action sur les biens que le débiteur a aliénés. Le droit de gage que la loi donne aux créanciers n'est pas un droit réel, et le droit réel seul permet de suivre les biens qui en sont affectés entre les mains de tout tiers détenteur; le créancier qui a une hypothèque ou un privilége sur des immeubles peut les suivre et exercer son droit sur ces biens; le créancier chirographaire n'a point le droit de suite. Il y a de cela une raison décisive. Le droit des créanciers personnels sur les biens de leur débiteur ne se réalise que lorsqu'il ne satisfait pas à ses engagements; jusque-là le débiteur conserve le libre exercice de son droit de propriété; il peut donc aliéner les biens, et ces aliénations sont parfaitement valables, elles transmettent la propriété à l'acquéreur sans que les biens soient affectés d'aucun droit réel, car lors de l'aliénation les créanciers n'ont aucun droit sur la chose. Si ensuite le vendeur tombe en déconfiture, ses créanciers peuvent poursuivre leur payement sur les biens du débiteur, mais ils n'ont d'action que sur les biens qui se trouvent dans son patrimoine; ils doivent respecter les aliénations consommées; ils n'acquièrent de droit réel sur ces biens qu'à partir de la saisie; ce n'est qu'à partir de ce moment que le débiteur perd la libre disposition de ses biens.

Ce principe ne recevait qu'une modification sous l'empire du code civil. Le débiteur a la libre disposition de ses biens, mais il n'en peut pas disposer en fraude de ses créanciers. De là le droit des créanciers d'attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de leurs droits (art. 1167); l'action paulienne fait rentrer les biens dans le patrimoine de leur

débiteur, et permet, par conséquent, aux créanciers de les saisir.

Notre loi hypothécaire, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, a ajouté une seconde restriction au droit du débiteur; il conserve la faculté d'aliéner, et les biens aliénés échappent au gage des créanciers personnels, mais à une condition, c'est que les actes d'aliénation soient transcrits; car un acte non transcrit n'existe pas à l'égard des tiers, et, d'après le texte et l'esprit de la loi nouvelle, les créanciers chirographaires sont des tiers; ils peuvent donc se prévaloir du défaut de transcription et saisir, par conséquent, comme appartenant encore à leur débiteur, des biens que celui-ci a aliénés sans avoir fait transcrire l'acte de vente (nos 173-180).

274. D'après l'article 7, *tous* les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations; puis la loi ajoute : mobiliers *ou* immobiliers, présents *et* à venir. » Pourquoi la loi se sert-elle d'abord de la disjonctive *ou*, puis de la conjonctive *et?* On n'en sait rien; le code emploie toujours la conjonctive *et*, ce qui est certainement plus exact, puisque les droits des créanciers s'exercent sur tous les biens indistinctement. Si l'on tenait à faire une correction, il fallait adopter la modification proposée par la faculté de droit de Caen, en ajoutant : « sauf les exceptions admises par les lois »; ce qui, du reste, va de soi. L'article 7 (code civil, art. 2092) établit la règle; tout le monde sait qu'il y a des exceptions, et que certains biens ne peuvent être saisis ni vendus, ou qu'ils ne peuvent l'être que dans de certaines limites (1). Ces exceptions appartiennent à la procédure, le code civil se borne à disposer que certains biens ne peuvent pas être aliénés : tels sont les droits d'usage et d'habitation (art. 631 et 634); nous en avons dit la raison au titre de l'*Usufruit*. Il en est de même des biens dotaux de la femme mariée sous le régime dotal; au titre du *Contrat de mariage*, nous avons exposé les difficultés auxquelles donne lieu l'inaliénabilité du fonds dotal.

275. Il y a encore une autre restriction à faire aux

(1) Voyez Martou, *Commentaire*, t. I, p. 238, nos 241 et suiv.

termes trop généraux de l'article 7 (code civil, art. 2092). Elle résulte du principe établi par l'article 537, aux termes duquel « les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières ». De quels biens la loi entend-elle parler? L'expression de *biens qui n'appartiennent pas à des particuliers* comprend les biens qui appartiennent à des personnes dites *civiles*; la loi évite de se servir de cette expression doctrinale, qui n'est pas très-exacte; elle nomme d'ordinaire les *communes* (art. 542), l'Etat (art. 513), et les établissements d'utilité publique, tels que les hospices (art. 910). Il faut y ajouter les provinces, qui jouissent également de ce qu'on appelle la personnification civile. Pour les personnes civiles, la propriété est une charge, ou, si l'on veut, un moyen d'accomplir la mission dont elles sont investies par la loi; tandis que pour les particuliers la propriété est un droit, et le plus absolu de tous (art. 544). De là une grande différence dans les droits des créanciers. S'agit-il des particuliers, comme ils peuvent disposer librement de leurs biens, les créanciers aussi ont cette libre disposition; ils saisissent les biens et les font vendre, puis ils sont payés sur le prix provenant de la vente. Il n'en peut être de même des créanciers de l'Etat, des provinces et des communes; à la vérité, ils peuvent poursuivre leurs droits en justice, en ce sens que les juges reconnaissent leurs droits; mais les jugements ne peuvent pas être exécutés par voie de saisie, car il n'appartient pas aux tribunaux de disposer, par leurs décisions, d'un patrimoine affecté à un service d'utilité publique. Ce n'est pas à dire que les personnes dites civiles soient dispensées de remplir leurs engagements, mais elles les remplissent dans les formes déterminées par les lois particulières qui organisent l'administration de leurs biens. Les personnes étrangères au droit considèrent cette manière de procéder comme un déni de justice; il n'en est rien. Il y a deux intérêts en conflit, celui de la société et celui des particuliers; et, dans ce conflit, c'est toujours l'intérêt général qui l'emporte. C'est à dessein que nous parlons d'*intérêts*, et non de *droits*. Les droits des particuliers ne sont pas

sacrifiés à un intérêt de l'Etat; un pareil sacrifice serait un vrai déni de justice, alors que le plus grand intérêt de l'Etat et son devoir le plus strict exigent le maintien du droit. Ceux qui traitent avec une personne civile obtiennent le payement de leurs créances, mais ils savent, en contractant, qu'ils ne peuvent pas l'obtenir par les voies ordinaires d'exécution; ils se soumettent aux formes plus lentes de la liquidation administrative et ils font leurs stipulations en conséquence. La loi respecte donc les droits et elle concilie les divers intérêts (1).

La jurisprudence est en ce sens. Il arrive parfois que les tribunaux, par habitude plutôt que par principe, condamnent les personnes civiles dans les termes qu'ils emploient pour condamner les particuliers; ces décisions, prises à la lettre, permettraient aux créanciers de saisir les biens de l'État ou des communes; les jugements ainsi formulés sont régulièrement réformés en appel. « Les premiers juges, dit la cour de Liége, excèdent leurs pouvoirs en condamnant purement et simplement les communes au payement de ce qu'elles doivent; ils doivent se borner à déclarer l'existence et la légitimité de la dette, en renvoyant la liquidation à l'autorité administrative (2). » Notre cour de cassation a consacré cette doctrine, en décidant en principe que les communes n'ont pas la libre disposition de leur avoir; qu'elles ne peuvent faire aucune dépense, ni satisfaire à aucun de leurs engagements qu'après y avoir été autorisées par l'autorité administrative supérieure, et conformément aux allocations de leur budget, dont il leur est défendu de s'écarter. De là cette conséquence que le créancier d'une commune ne peut agir contre elle par une voie quelconque d'exécution, soit mobilière, soit immobilière, soit de saisie-arrêt, pour obtenir le payement de ce qui lui est dû (3). Et il va de soi que ce que la cour de cassation dit des communes qui étaient en cause dans l'espèce est applicable à toutes les personnes civiles chargées d'un service public.

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 239, n° 248.
(2) Liége, 17 juillet 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 192), et 1er août 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 298).
(3) Rejet, 30 décembre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 25).

276. On demande si ces principes reçoivent leur application aux Etats étrangers. La question doit être posée en termes plus généraux. Ce n'est pas seulement l'Etat, avec ses dépendances, les communes et les provinces, qui peut invoquer le bénéfice de l'exception que nous venons de signaler; toute personne dite civile, pourvu qu'elle soit d'utilité publique, peut le réclamer. En est-il de même des personnes civiles constituées par des lois étrangères? L'affirmative ne serait pas douteuse si ces personnes étaient reconnues comme telles en Belgique. Mais peuvent-elles se prévaloir de leur personnification sans qu'elle soit consacrée par nos lois? Non, puisque ce sont des êtres fictifs qui ne tiennent leur existence que de la loi; or, la loi étrangère qui les a créées n'a aucune force en dehors de l'Etat pour lequel elle a été faite. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs (1).

Nous limitons notre question aux Etats étrangers. Ils sont reconnus par cela seul qu'ils existent. Il y a entre les divers Etats des rapports diplomatiques qui impliquent que leur existence est admise à titre de sociétés souveraines. Les communes et les provinces profitent-elles de cette reconnaissance? C'est une nouvelle difficulté que nous laissons de côté pour ne pas compliquer le débat. La question que nous avons posée ne s'est présentée jusqu'ici que pour les Etats étrangers. Il y a un principe qui domine cette matière, c'est celui de l'indépendance des Etats dans leurs rapports entre eux. Ce principe, universellement reconnu, conduit à une conséquence importante en ce qui concerne la juridiction des tribunaux établis dans les divers pays; elle ne s'étend pas aux Etats étrangers. Tous les auteurs qui ont écrit sur le droit des gens admettent le principe avec la conséquence qui en découle. Nous nous bornons à citer le témoignage de Vattel, dont l'autorité est grande devant les tribunaux : « De cette liberté et indépendance il suit que c'est à chaque nation de juger de ce que sa conscience exige d'elle, de ce qu'elle peut ou ne peut pas, de ce qu'il lui convient ou ne convient pas de faire. Dans tous

(1) Voyez t. I, n° 306.

les cas donc où il appartient à une nation de juger de ce que son devoir exige d'elle, une autre ne peut la contraindre à agir de telle ou telle manière ; car, si elle l'entreprenait, elle donnerait atteinte à la liberté des nations. Le droit de contrainte contre une personne libre ne nous appartient que dans les cas où cette personne est obligée envers nous à quelque chose de particulier, par une raison particulière qui ne dépend pas de son jugement, dans les cas où nous avons contre elle un droit parfait (1). » Or, un Etat étant complétement indépendant de l'autre, il ne peut pas s'agir d'un droit parfait entre eux ; de là l'impossibilité que l'un soit soumis à la juridiction de l'autre. Cette incompétence de la justice ordinaire n'est pas un déni de justice, ce n'est que l'application du droit commun en ce qui concerne l'Etat. Si, dans chaque pays, l'Etat et ses dépendances ne sont pas soumis à la juridiction ordinaire en ce qui concerne les voies d'exécution forcée, il en doit être de même des Etats étrangers, une fois que l'on admet leur existence et leur souveraineté. Sans doute les garanties du particulier qui traite avec un Etat étranger peuvent ne pas être les mêmes que celles qu'il trouve dans les institutions politiques de son pays. C'est à lui de poser ces considérations avant de traiter ; il sait qu'il ne pourra pas forcer son débiteur à remplir ses engagements, en employant les voies de droit ; il sait qu'il devra s'en rapporter à la loyauté du gouvernement avec lequel il va contracter ; n'a-t-il pas confiance dans l'Etat qui doit devenir son débiteur, il doit s'abstenir. Il est certain que ces engagements n'offrent pas la même sécurité que ceux que le créancier trouve dans l'action régulière de la justice ; la conséquence en sera que ces Etats traiteront à des conditions plus désavantageuses que les particuliers : moins le débiteur offre de garanties, plus les exigences du créancier augmentent.

277. La cour de cassation a consacré ces principes. Voici les faits de la cause. Des négociants de Bayonne firent une fourniture au gouvernement espagnol en février 1837 ; au mois d'octobre, le payement fut réglé en une

(1) Vattel, *Traité du droit des gens*, Préliminaires, § 16.

lettre de change. La traite fut présentée à l'échéance; mais il fut répondu, par une note du 7 mai 1839, qu'elle ne pouvait être payée en conséquence des instructions données par le gouvernement. Un protêt fut fait le 13 juin 1839. Le 29 février 1844, les créanciers formèrent saisie-arrêt sur les sommes qu'un négociant de Bayonne devait au gouvernement espagnol; le premier juge et la cour de Pau déclarèrent la saisie valable, et ordonnèrent que le tiers saisi verserait entre les mains des saisissants ce dont il était débiteur envers le gouvernement espagnol, jusqu'à concurrence de la créance, en capital de 3,577 francs et des intérêts. La cour ne tint aucun compte de l'objection que l'on fit au nom du débiteur, à savoir que la souveraineté et l'indépendance des Etats ne permettaient pas les voies d'exécution; l'arrêt dit que ce principe n'est pas en cause, qu'il s'agissait d'une dette légitime dont le créancier avait le droit de poursuivre le payement. Pourvoi en cassation. Après délibéré en chambre du conseil, la décision a été cassée, au rapport de Bérenger, président de la cour, et sur les conclusions de l'avocat général Nicias-Gaillard.

La cour pose en principe l'indépendance réciproque des Etats; d'où résulte qu'un gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un Etat étranger. En effet, le droit de juridiction qui appartient à chaque gouvernement pour juger les différends nés des actes émanés de lui est un droit inhérent à son autorité souveraine, qu'un autre gouvernement ne saurait s'attribuer sans s'exposer à altérer leurs rapports respectifs. Le défendeur invoquait l'article 14 du code civil, qui autorise à citer devant les tribunaux français l'*étranger* qui a contracté des obligations envers un Français. La cour répond que cette disposition ne concerne que les engagements privés contractés par des citoyens appartenant à deux Etats différents; qu'elle n'est pas applicable aux engagements qu'un Etat étranger contracte envers un Français.

La cour invoque encore les principes particuliers qui régissent l'exécution des engagements contractés par un Etat envers un indigène. Dans l'espèce, il s'agissait, non de

décider si le gouvernement espagnol était débiteur, la dette n'était pas contestée, mais de juger de la validité d'une saisie-arrêt pratiquée à charge d'un gouvernement étranger. Or, avec quelque personne qu'un Etat traite, cette personne, par le fait de l'engagement qu'elle contracte, se soumet aux lois, au mode de comptabilité et à la juridiction administrative ou judiciaire de cet Etat. Les questions qui se rapportent à la vérification, à la liquidation ou à la saisie des créances d'un gouvernement sur des nationaux ou sur des étrangers ne peuvent être résolues que par les règles du droit public de cet Etat, et, par conséquent, ne sauraient être jugées par des tribunaux étrangers. La cour en donne une raison décisive en ce qui concerne la saisie-arrêt. Si un tribunal français validait la saisie faite sur le débiteur d'un Etat étranger, le tiers saisi serait, à la vérité, obligé de payer; mais serait-il libéré envers l'Etat dont il est débiteur? Non, car celui-ci ne reconnaîtrait pas le jugement français, qui a disposé d'une créance à lui appartenant. Qu'en résulterait-il? C'est que le tiers saisi devrait payer deux fois. Preuve que les lois générales ne reçoivent pas leur application aux débats dans lesquels un gouvernement étranger est intéressé comme débiteur (1).

§ II. *Droits des créanciers entre eux.*

N° 1. DES CRÉANCIERS PERSONNELS.

278. L'article 8 (code civil, art. 2093) porte que les biens du débiteur sont le *gage commun* de ses créanciers; c'est dire que tous y ont un droit égal. De quels créanciers s'agit-il? D'abord des créanciers chirographaires, qui n'ont ni privilége ni hypothèque, et qui, par conséquent, sont tous sur la même ligne. Les créanciers privilégiés et hypothécaires ont deux droits; ils peuvent se faire payer, par préférence aux créanciers personnels, sur les biens qui

(1) Cassation, 22 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 1, 5). Martou, *Commentaire*, t. I, p. 242, n° 249.

sont spécialement affectés au payement de leurs créances; si ces biens sont insuffisants pour les désintéresser complétement, ils restent créanciers pour l'excédant; mais, de ce chef, ils ne sont que créanciers chirographaires, et concourent, par conséquent, avec les créanciers personnels, sans qu'il y ait aucune distinction à faire entre ceux qui ont épuisé leur droit de préférence et les autres. Tous ont le même gage, le patrimoine de leur débiteur, tel qu'il existe lors de la saisie de ses biens.

279. La loi n'admet aucune préférence entre les créanciers personnels. Aux termes de l'article 8 (code civil, art. 2093), le prix se distribue entre les créanciers par contribution. Cela suppose que les biens du débiteur ne suffisent pas pour payer ses dettes intégralement; ce qui arrive le plus souvent quand ses biens sont saisis, car la saisie est la marque apparente de la déconfiture; si le débiteur était en état de payer ses dettes, il ne laisserait pas saisir ses biens, car l'expropriation achève sa ruine en détruisant son crédit. Si les biens sont insuffisants, tous les créanciers doivent perdre une partie de leurs créances; en ce sens, le prix des biens se distribue entre eux par *contribution*, parce qu'ils contribuent tous à la perte commune dans la proportion de ce qui leur est dû.

On demande pourquoi les créanciers les plus anciens ne l'emportent pas sur ceux dont les droits sont postérieurs. L'équité semble exiger qu'ils leur soient préférés. Ils ont traité avec le débiteur à un moment où il était encore solvable, et c'est parce qu'il l'était qu'ils n'ont pas stipulé de garantie. Ils ont donc dû compter sur les biens que le débiteur possédait lors du contrat; n'est-il pas injuste que des créanciers postérieurs viennent leur enlever ce gage? On répond, et la réponse est péremptoire, que le débiteur conserve la libre disposition de ses biens, il peut les aliéner, et, en les aliénant, il les soustrait au gage de ses créanciers; il peut aussi en disposer indirectement, en contractant de nouvelles dettes, sans que les créanciers puissent se plaindre des actes par lesquels il diminue son patrimoine, à moins qu'il n'agisse en fraude de leurs droits. Il n'y a qu'un moyen pour les créanciers de s'assurer les biens que

le débiteur possède lors du contrat, c'est de stipuler une hypothèque qui leur donne un droit dans ces biens, droit que le débiteur ne peut compromettre ni par des aliénations ni par de nouvelles dettes qu'il contracte.

L'ancienneté, par elle seule, n'est pas une cause de préférence. La raison en est que les créanciers personnels n'acquièrent aucun droit actuel sur les biens de leur débiteur; ils peuvent seulement les saisir quand le débiteur ne paye pas ce qu'il doit, c'est-à-dire quand il tombe en déconfiture; à ce moment, tous peuvent agir, même ceux qui n'ont qu'une créance à terme, puisque la déconfiture entraîne la déchéance du terme. Ainsi, quoique contractées à des époques différentes, les dettes ont réellement la même date en ce qui concerne les droits des créanciers sur les biens, c'est le jour où éclate la déconfiture; à ce moment, tous peuvent agir; tous ont donc un seul et même droit sur les biens (1).

280. La loi dit que le prix des biens est distribué entre les créanciers par contribution, mais elle ajoute : « à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » Quand il y a des créanciers privilégiés ou hypothécaires, la distribution se fait par voie d'ordre, puisqu'il y a un rang à établir entre les divers créanciers, à raison de la préférence que les uns ont sur les autres. C'est le code de procédure qui détermine les règles d'après lesquelles se fait la *distribution;* la loi du 15 août 1854 sur l'expropriation forcée règle la procédure en matière d'*ordre*.

N° 2. DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES ET PRIVILÉGIÉS.

281. « Les causes légitimes de préférence sont les priviléges et hypothèques » (art. 9, et code civil, art. 2094). Il y a des différences considérables entre les créanciers personnels et les créanciers qui jouissent d'un droit de préférence. Le mot de *préférence* indique la différence essen-

(1) Comparez Duranton, t. XIX, p. 6, n° 5, et Troplong, n° 14, qui donnent d'autres raisons, peu satisfaisantes, à notre avis.

tielle : les créanciers hypothécaires et privilégiés sont payés par préférence aux créanciers personnels. Tel est l'objet et l'avantage des garanties réelles que le créancier stipule, et que la loi ou le débiteur par testament lui accordent. Les créanciers chirographaires courent toujours le risque de l'insolvabilité du débiteur ; l'hypothèque et le privilége les mettent à l'abri de ce danger. Pour réaliser leur droit de préférence, les créanciers doivent commencer par exproprier le débiteur. Sous ce rapport, ils sont sur la même ligne que les créanciers personnels ; ils n'ont que cet avantage qu'ils ne doivent pas s'adresser à la justice pour obtenir un titre exécutoire ; l'hypothèque et le privilége immobilier résultant d'actes authentiques, les créanciers peuvent directement poursuivre l'expropriation du débiteur ; mais ce n'est pas là une différence essentielle entre les deux catégories de créanciers, car le créancier personnel peut aussi avoir un titre authentique ; dans ce cas, il est sur la même ligne que le créancier hypothécaire ou privilégié. Mais ceux-ci ont une garantie qui manque toujours au créancier personnel. Ce que nous venons de dire des créanciers personnels suppose que le débiteur possède encore les biens qui forment leur gage ; s'il les a aliénés, les créanciers chirographaires ne peuvent plus en poursuivre l'expropriation, puisqu'ils n'ont pas le droit de suite ; tandis que les créanciers hypothécaires et privilégiés, ayant un droit réel, peuvent suivre les biens qui en sont affectés entre les mains de tout tiers détenteur ; c'est une conséquence de la réalité de leur droit et une garantie précieuse, puisque, sans le droit de suite, le gage spécial qu'ils ont stipulé leur échapperait par l'aliénation que le débiteur en ferait, comme il échappe aux créanciers personnels.

La garantie réelle offre encore un autre avantage aux créanciers hypothécaires, en limitant le pouvoir absolu que le débiteur a sur ses biens. A l'égard des créanciers personnels, le débiteur reste propriétaire, avec le pouvoir d'user et d'abuser de la chose ; alors même que ses actes seraient préjudiciables à ses créanciers, ils ne peuvent pas les attaquer, à moins qu'ils n'aient été faits en fraude de leurs droits. Quand le débiteur a consenti une hypothèque

au profit de son créancier, il ne peut plus rien faire pour diminuer les sûretés qu'il a données, sous peine d'être déchu du bénéfice du terme, c'est-à-dire sous peine de résolution du contrat (art. 1188). Quand même l'immeuble hypothéqué viendrait à périr ou à être dégradé sans le fait du débiteur, la créance devient exigible, parce que la garantie réelle est la condition sous laquelle le créancier a traité; seulement, dans ce cas, le débiteur est admis à fournir un supplément d'hypothèque (art. 2131, et loi hyp., art. 79). Nous reviendrons plus loin sur cette matière.

Il y a encore une différence entre les créanciers hypothécaires et les créanciers personnels. Ceux-ci risquent de voir leur gage diminué par les nouvelles dettes que contracte le débiteur; le créancier hypothécaire est à l'abri de ce danger, son droit affecte l'immeuble, lequel est démembré à son profit; le débiteur peut, à la vérité, consentir une nouvelle hypothèque sur l'immeuble déjà hypothéqué, mais le dernier créancier sera primé par le premier, si celui-ci a eu soin de prendre inscription.

La nécessité de rendre l'hypothèque publique établit une dernière différence entre le créancier hypothécaire et le créancier personnel. Celui-ci n'a pas de formalité à remplir pour conserver son gage, puisque ce gage ne lui assure aucun droit ni contre l'acquéreur, ni contre un créancier postérieur; il était donc inutile de le soumettre à une publicité dans l'intérêt des tiers. Il en est autrement de l'hypothèque; elle démembre la propriété de l'immeuble, elle altère profondément les droits du débiteur sur sa chose; elle donne au créancier une préférence sur les créanciers chirographaires et sur les créanciers hypothécaires postérieurs en rang; les tiers sont donc très-intéressés à ce que les hypothèques soient rendues publiques; une hypothèque non inscrite n'existe pas à leur égard.

282. Les droits des créanciers privilégiés diffèrent selon que le privilége porte sur les meubles ou sur les immeubles. D'après la loi belge, les créanciers privilégiés sur les meubles n'ont plus de préférence à l'égard des créanciers hypothécaires; il n'y a qu'un seul privilége qui s'étend sur les meubles et les immeubles, le privilége des frais de jus-

tice; encore ne peut-il être opposé qu'aux créanciers dans l'intérêt desquels les frais ont été faits. Les créanciers privilégiés sur les meubles n'ont donc de préférence que sur la masse mobilière. Ils sont assimilés aux créanciers personnels, en ce sens qu'ils ne jouissent pas du droit de suite, à l'exception du bailleur. Quoiqu'ils priment les créanciers personnels, leur droit ne doit pas être rendu public.

Quant aux créanciers privilégiés sur les immeubles, leurs droits sont ceux des créanciers hypothécaires; ils ont le droit de suite; leur privilége doit être rendu public. Ils diffèrent des créanciers hypothécaires en un point, c'est qu'ils jouissent d'un double rang de préférence : ils sont payés de préférence aux créanciers personnels, et ils priment aussi les créanciers hypothécaires.

Les rapports des créanciers privilégiés entre eux diffèrent grandement des rapports qui existent, d'une part, entre les créanciers personnels et, d'autre part, entre les créanciers hypothécaires. Quand il y a conflit entre créanciers privilégiés, la préférence se règle d'après les différentes qualités des priviléges, elle est indépendante de la date à laquelle le privilége a pris naissance, et elle ne dépend pas non plus de l'inscription en ce qui concerne les priviléges immobiliers. La raison en est que le privilége a sa cause et son fondement dans la faveur que mérite la qualité de la créance. Le législateur ne pouvait donc pas mettre tous les priviléges sur la même ligne, comme il le fait des créances chirographaires, qui sont toutes également favorables; il devait, au contraire, établir un rang entre les créances privilégiées d'après leur qualité diverse. D'un autre côté, la publicité est indifférente en ce qui concerne le classement des priviléges; l'inscription n'ajoute rien à la faveur qui est due à une créance; il se peut donc que le privilége inscrit le dernier soit préférable à celui qui a été le premier inscrit. En principe, il en est de même quand il y a conflit entre un créancier privilégié et un créancier hypothécaire, parce que la qualité du privilége l'emporte sur une garantie hypothécaire, qui peut être attachée indifféremment à toute espèce de créance, quelque peu favorables qu'elles soient.

282. Les priviléges et les hypothèques sont-ils les

seules causes légitimes de préférence? Si l'on s'en tient au texte de la loi, l'affirmative n'est guère douteuse. L'article 8 établit comme règle générale que les droits de tous les créanciers sont égaux; d'où la conséquence que le prix des biens qui leur servent de gage se distribue entre eux par contribution. Cette règle reçoit une exception : « à moins, dit la loi, qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » Les termes de l'article 8 indiquent qu'il s'agit d'une exception à la règle qu'il établit. Reste à définir cette exception; c'est ce que fait l'article 9 (code civil, art. 2094), en disant que « les causes légitimes de préférence sont les priviléges et hypothèques ». Ces causes de préférence étant une exception sont par cela même de stricte interprétation; on ne peut donc pas admettre d'autres causes de préférence que les hypothèques et les priviléges. L'interprétation restrictive que nous donnons à la loi est aussi fondée en raison. En effet, les droits des créanciers sur les biens de leur débiteur sont d'intérêt général; le crédit et, par conséquent, la richesse publiques en dépendent. Voilà pourquoi la loi prend soin de déterminer et de limiter les causes de préférence; elle prescrit aussi les conditions de publicité sous lesquelles certaines créances ou certains créanciers jouissent d'une préférence à l'égard de la masse chirographaire; s'il y avait d'autres causes de préférence que celles que la loi établit dans l'article 9 (code civil, art. 2094), les tiers ne pourraient plus traiter avec sécurité; le but que le législateur a eu en organisant la publicité du régime hypothécaire serait manqué. Donc, dans l'esprit de la loi, les causes de préférence sont de la plus stricte interprétation.

Toutefois la question est controversée; on admet assez généralement deux causes de préférence, qui ne sont pas mentionnées par l'article 9 : le nantissement et le droit de rétention. En réalité, la première se confond avec la seconde; il n'est pas question du gage, qui donne un privilége au créancier, et partant, un droit de préférence; il s'agit de l'antichrèse, qui ne donne pas de privilége au créancier, celui-ci n'a qu'un droit de rétention; mais on prétend qu'il peut opposer ce droit aux tiers. Ce même droit

de rétention existe encore dans d'autres cas, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la doctrine des auteurs. Donne-t-il toujours au créancier un droit de préférence contre les tiers, c'est-à-dire un droit réel? Ce que nous avons dit de l'antichrèse préjuge notre opinion. A notre avis, le créancier antichrésiste ne peut opposer son droit de rétention qu'au débiteur, il ne peut pas s'en prévaloir contre les tiers (t. XXVIII, n[os] 561-573). Il nous reste à voir si le droit de rétention est un droit réel, dans les autres cas où le code civil l'admet, et si l'on peut étendre ce droit à des cas non prévus par la loi.

N° 3. DU DROIT DE RÉTENTION (1).

I. *Qu'est-ce que le droit de rétention et quels en sont les effets?*

284. Le code civil ne mentionne nulle part, en termes généraux, un droit de rétention; il donne seulement, dans certains cas, au créancier le droit de retenir la chose qu'il est tenu de restituer, jusqu'à ce que le débiteur ait satisfait à ses obligations, quand ces obligations sont relatives à la chose qui est sujette à restitution. Il nous semble que le silence de la loi est déjà très-significatif. Si le législateur avait entendu faire du droit de rétention un droit général, ne l'aurait-il pas dit, comme il le dit, par exemple, du droit de résolution sous-entendu dans les contrats synallagmatiques? Il aurait dû le dire, dans l'opinion qui attache une préférence au droit de rétention. En effet, toute préférence entre créanciers est une exception à la règle (n° 283), et le législateur seul peut consacrer des exceptions; car apporter une exception à la règle, c'est faire la loi, en y dérogeant. Si donc les auteurs du code avaient voulu établir un droit général de rétention, ils l'auraient dit et dû dire en termes formels. Ils auraient dû aussi déterminer les conditions sous lesquelles le

(1) Il y a plusieurs monographies sur la matière :
Cabrye, *Du droit de rétention*. Paris, 1860;
Glasson, *Du droit de rétention*. Strasbourg, 1862;
Gislain, *Des impenses et du droit de rétention*. Namur.

créancier est admis à opposer aux tiers son droit de rétention; car ce droit aboutit à une préférence entre créanciers; or, il est dans l'esprit de la législation nouvelle que les tiers soient informés de l'existence des droits réels qu'on peut leur opposer. Il eût encore fallu dire quels sont les tiers contre lesquels le créancier peut se prévaloir de son droit de rétention; cette question, aussi importante que difficile, ne peut pas être résolue par l'interprète; la loi seule peut écarter tels tiers, s'il y a lieu, et en admettre d'autres. Enfin, le législateur aurait dû préciser les effets du droit de rétention; ils concernent les tiers, donc l'intérêt général. Conçoit-on que les auteurs du code s'en soient rapportés à la doctrine en une pareille matière? Cela est impossible, car le législateur ne peut pas déléguer aux interprètes un pouvoir que lui seul a mission d'exercer. En réalité, il ne l'a pas fait, il garde le silence sur le droit de rétention. Notre conclusion est que ce prétendu droit de préférence, considéré comme règle générale, n'existe pas sous l'empire du code civil.

283. On a cherché dans le droit romain un appui pour le droit de rétention. C'est oublier la loi du 30 ventôse an XII, qu'il faut sans cesse rappeler aux interprètes; elle abroge les lois romaines dans les matières qui sont l'objet du code civil; or, le code traite du droit de rétention, puisqu'il l'accorde dans certains cas; cela suffit pour que le droit romain ne puisse plus être invoqué; nous l'écartons par une fin de non-recevoir. Etablit-il le droit de rétention comme un droit général, nous le récusons, parce que le code ne connaît pas de droit de rétention à ce titre. N'admet-il le droit de rétention que dans certains cas, nous l'écartons encore dans les cas que le législateur moderne n'a pas reproduits, la loi seule ayant le pouvoir de régler cette matière. Il serait même très-chanceux de recourir au droit romain dans les cas où la loi ancienne et la loi nouvelle consacrent le droit de rétention, car le droit romain diffère du droit moderne, en ce qui concerne les effets des contrats synallagmatiques: il n'admet pas la condition résolutoire tacite que le code civil sous-entend. Le droit romain diffère encore de notre droit en un point

essentiel : il repose sur la clandestinité, il n'a aucun souci du droit des tiers, il ignore jusqu'à l'idée de crédit; tandis que notre régime hypothécaire a pour base la publicité, et a toujours en vue l'intérêt des tiers, qui se confond avec l'intérêt général. S'autoriser du droit romain pour compléter le code civil en cette matière, c'est faire un étrange anachronisme : ce n'est rien moins que rétrograder de vingt siècles (1).

286. A notre avis, il faut s'en tenir strictement aux textes du code. Parler d'un droit général de rétention, alors que le code garde le silence sur ce prétendu droit, c'est s'engager dans une voie arbitraire, illégale même, puisque c'est entreprendre sur le pouvoir du législateur. De là l'incertitude extrême qui règne en cette matière; ce qui est inévitable, chaque auteur faisant la loi à sa guise. Il ne peut être question d'un droit de rétention que dans les cas où la loi l'accorde. Nous en disons autant des effets que produit le droit de rétention. Comment déterminer les effets d'un droit que le code ignore? C'est se placer en dehors de la loi, alors que la mission de l'interprète est de l'interpréter. Consultons donc les textes. Dans chaque cas que le code civil prévoit, on doit se demander ce que c'est que le droit de rétention que la loi consacre, quelles sont les conditions requises pour qu'il existe, quels sont les effets que la loi y attache.

L'article 867 porte : « Le cohéritier qui fait le rapport en nature d'un immeuble, peut en *retenir la possession* jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses et améliorations. » Voilà le droit de rétention dans sa forme la plus simple. L'un des héritiers doit rapporter un immeuble à lui donné; ses cohéritiers lui doivent tenir compte des impenses qui ont amélioré la chose; pour assurer à l'héritier donataire le remboursement de ses dépenses, la loi lui permet de retenir la possession de l'immeuble jusqu'à ce que ses cohéritiers l'aient

(1) C'est ce que fait cependant Rauter, *Du droit de rétention* (*Revue de législation*, 1839, X, p. 430 ; *Revue étrangère*, 1841, VIII, p. 769; *Revue de droit français et étranger*, 1844, I, p. 565. Voyez *Revue des revues de droit*, t. III, p. 160 ; Battur, t. 1, n° 100. En sens contraire, Cotelle, *Priviléges et Hypothèques*, n° 49.

indemnisé. Ce droit accordé à l'héritier est une garantie : est-ce une garantie réelle, un droit qu'il puisse opposer aux tiers? La question n'a pas de sens; le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier (art. 857), il ne peut donc être question de tiers; tout se passe entre cohéritiers; l'un rapporte l'immeuble, les autres l'indemnisent de ses avances. Y a-t-il là un droit de préférence? La question, encore une fois, n'a point de sens. L'héritier, créancier de l'indemnité, n'est en conflit avec personne, l'article 867 le suppose; il n'y a en présence qu'un héritier créancier et des cohéritiers débiteurs. Pourquoi la loi donne-t-elle la possession à l'héritier créancier de l'indemnité? C'est par une considération d'équité, comme nous l'avons dit ailleurs (t. XI, n° 19).

Que deviennent les théories des auteurs en présence [illegible]e ce droit de rétention? Chaque auteur a son système. [illegible]elui qui, à notre avis, se rapproche le plus de la vérité, [illegible]est [illegible]rombière; il rattache le droit de rétention au prin-[illegible]pe [illegible] lequel est fondé le droit de résolution (1) : l'exis-[illegible] obligations réciproques entre les parties intéressées. [illegible]éritiers peuvent-ils exiger que leur cohéritier donataire [illegible]plisse l'obligation du rapport sans qu'eux-mêmes rem-[illegible]sent l'obligation de l'indemniser de ses dépenses? Encore [illegible]héorie de Larombière ne reçoit-elle point d'application [illegible]cte dans le cas de l'article 867; il n'y a aucune *conven-*[illegible] entre les cohéritiers; les principes des contrats synal-[illegible]atiques sont donc hors de cause.

[illegible]87. Le vendeur est tenu de délivrer la chose, et [illegible]eteur en doit payer le prix. Voilà un contrat synal-l[illegible]e et des obligations réciproques. Si le vendeur d[illegible]rait [illegible]hose et que l'acheteur n'en payât pas le prix, le[illegible]ndeu[illegible]ourrait agir en résolution ou poursuivre le p[illegible]ment [illegible] prix avec privilége. Il y a un moyen plus si[illegible]e de s[illegible]vegarder ses intérêts, c'est de ne pas délivrer jusq[illegible]que l'acheteur paye, ce qui forcera celui-ci à payer pour obtenir la possession de la chose. En ce sens l'article 1612 dispose que le vendeur n'est pas tenu de dé-

(1) Larombière, *Théorie des obligations*, t. II, p. 468, n° 37 de l'article 1186 (édit. belge, t. I, p. 496).

livrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix. Ce n'est pas une résolution de la vente, c'est une suspension des effets que la vente produit. Le droit de rétention est toujours fondé sur l'équité. D'après le droit strict, le vendeur devrait faire la délivrance, sauf à agir ensuite en résolution ou en payement du prix. L'équité indique une voie plus simple que le législateur consacre : les deux obligations corrélatives s'exécuteront simultanément, le vendeur délivrera la chose et l'acheteur payera le prix.

Le droit de rétention du vendeur a-t-il un caractère de réalité? Il est certain que dans le texte il n'y a aucune trace d'un droit réel. La loi suppose que l'acheteur demande la délivrance de la chose; le vendeur peut lui opposer une exception : Payez le prix et vous aurez la chose vendue. Sur quoi cette exception est-elle fondée? Uniquement sur l'équité. Ce n'est certes pas sur le droit; car d'après le droit, l'acheteur est propriétaire et il peut revendiquer sa chose contre le vendeur qui répondrait vainement que l'acheteur n'a pas payé le prix; cela ne l'empêche pas d'être propriétaire. Supposons que l'acheteur aliène la chose comme il en a le droit. Le tiers acquéreur revendique contre le vendeur; celui-ci pourra-t-il lui opposer son droit de rétention? Non, certes; car le droit de rétention suppose des parties contractantes ayant chacune une obligation corrélative de celle de l'autre partie; ce droit est fondé sur l'équité; or, le tiers acquéreur n'est pas obligé envers le vendeur primitif, et vainement celui-ci invoquerait-il l'équité; le propriétaire répondrait que son droit l'emporte sur l'équité, et que l'équité d'ailleurs n'est pas en cause; toute-puissante entre parties contractantes, elle n'a aucune valeur à l'égard des tiers (1).

On objecte le texte du code qui, dit-on, permet au vendeur d'opposer son droit aux tiers créanciers. L'acheteur tombe en faillite ou en déconfiture; d'après l'article 1613, le vendeur n'est pas obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un terme; la loi en donne la raison : c'est que le vendeur serait, dans ce cas, en danger imminent

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 259, n° 260.

de perdre le prix; donc quand les créanciers de l'acheteur réclament la délivrance, le vendeur peut leur opposer son droit de rétention (1). Nous répondons que la disposition de l'article 1613 s'explique, sans que l'on en doive induire que le droit de rétention est un droit réel. Tant que l'acheteur ne paye pas le prix, son droit de propriété peut être résolu, et la résolution réagit contre les tiers, puisque l'acheteur est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire; le vendeur conserve donc un droit de propriété conditionnel sur la chose; c'est en vertu de ce droit de propriété qu'il peut repousser les créanciers de l'acheteur, ce n'est pas en vertu de son droit de rétention. En d'autres termes, si l'acheteur tombe en faillite, la loi elle-même résout la vente, tant que la chose n'a pas été délivrée, parce qu'il serait injuste que le vendeur fût dépouillé de la chose sans en recevoir le prix.

288. L'article 1673 accorde le droit de rétention à l'acheteur quand la vente a été faite sous pacte de rachat. Le vendeur qui use de son droit de résolution doit rembourser le prix et les réparations nécessaires et utiles; il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations. Ce droit de rétention est-il un droit réel que l'acheteur peut opposer aux tiers? On suppose que le vendeur a hypothéqué l'immeuble; l'hypothèque sera valable si la vente est résolue; le créancier hypothécaire poursuit l'acheteur; celui-ci peut-il lui opposer son droit de rétention? Tout le monde est d'accord sur le droit de l'acheteur : il peut exiger que le créancier satisfasse aux obligations que l'article 1673 impose au vendeur. Quel est le motif de décider? Là est la vraie difficulté. La vente avec pacte de rachat est une vente faite sous condition résolutoire expresse; elle est résolue quand le vendeur use du pacte. Mais l'exercice du rachat est soumis à des conditions; la résolution est conditionnelle, en ce sens qu'elle est subordonnée à l'accomplissement des obligations que l'article 1673 impose au vendeur. Tant que ces obligations ne sont pas remplies, la résolution reste en suspens; l'acqué-

(1) Mourlon, *Examen critique*, t. II, p. 687, n° 224.

reur est donc propriétaire conditionnel. Ainsi l'acquéreur a plus qu'un droit de rétention, il est propriétaire, et il ne peut être dépouillé de son droit de propriété que sous la condition que le prix lui soit restitué et qu'il soit indemnisé de ses impenses. Si un créancier hypothécaire le poursuit, il peut lui opposer son droit de propriété, car l'hypothèque n'est valable que sous la condition que la propriété soit résolue; or, elle ne l'est que moyennant la restitution du prix et le remboursement des dépenses nécessaires et utiles. Ainsi c'est le droit de propriété de l'acheteur qui tient en échec le droit du créancier hypothécaire, ce n'est pas le simple droit de rétention (1).

289. L'article 1749 accorde aux fermiers ou locataires le droit de rétention contre l'acquéreur qui use du droit de les expulser, stipulé dans le bail; le preneur a droit, dans ce cas, à une indemnité; il ne peut être expulsé tant qu'il n'est pas payé par le bailleur et, à son défaut, par le nouvel acquéreur, des dommages-intérêts auxquels il a droit. De ce que le preneur peut opposer son droit de rétention à l'acquéreur qui est un tiers, faut-il induire que la rétention est un droit réel? Dans l'espèce, l'acquéreur n'est pas un tiers. Pourquoi le preneur a-t-il droit à une indemnité, et pourquoi l'acquéreur doit-il la payer, à défaut du bailleur? C'est que, dans la théorie du code, l'acquéreur est subrogé aux obligations du bailleur, il prend donc sa place et, par conséquent, il n'est pas un tiers. On ne peut donc pas dire que le droit de rétention du preneur est un droit réel, opposable à tout tiers.

290. Nous ne disons rien du droit de rétention que la loi accorde au dépositaire jusqu'à l'entier payement de ce qui lui est dû à raison du dépôt (art. 1948). Il s'agit d'un droit sur un meuble, et ce droit n'est pas un droit réel. On ne dira pas que le dépositaire a un droit réel dans la chose, parce que la loi lui permet de retenir la chose déposée pour assurer le payement des impenses nécessaires qu'il a faites sur la chose.

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 259, n° 260. En sens contraire, Mourlon, *Examen critique*, t. II, p. 683, n° 223.

291. C'est le droit de rétention du créancier antichrésiste (art. 2087) qui a soulevé les plus vifs débats. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre du *Nantissement*. On fait une objection que l'on dit décisive; c'est que le législateur lui-même a tranché la difficulté. L'article 445 du nouveau code de commerce (loi du 18 avril 1851) déclare nuls relativement à la masse, lorsqu'ils ont été faits depuis la cessation des payements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, toute hypothèque et tous droits d'*antichrèse* ou de gage, constitués sur les biens du débiteur, pour dettes antérieurement contractées. La loi met sur la même ligne l'antichrèse et l'hypothèque; cela implique que le créancier antichrésiste peut opposer son droit de rétention à la masse; donc c'est un droit réel. Nous répondons que la loi sur les faillites est une loi toute spéciale, qui ne peut pas servir à interpréter le code civil. La disposition de l'article 445 est la reproduction de la loi française sur les faillites; et en France, l'antichrèse est généralement considérée comme un droit réel; toutefois la question est controversée, et la controverse subsiste, après le nouveau code de commerce. En Belgique, c'est l'opinion contraire qui domine, et elle a été consacrée implicitement par notre loi hypothécaire, qui a été portée la même année que la loi sur les faillites. Il faut donc laisser de côté le code de commerce et interpréter le code civil par les principes généraux de droit : nous croyons avoir démontré que les principes ne laissent guère de doute sur la nature du droit de l'antichrésiste.

292. Quelle sera notre conclusion? Les textes qui consacrent le droit de rétention donnent-ils un droit réel à celui qui est autorisé à conserver la possession d'un immeuble jusqu'au payement de ce qui lui est dû par le propriétaire de la chose? De tous les articles que nous venons de parcourir, il n'y en a qu'un seul qui permette au possesseur de l'immeuble d'opposer son droit de rétention aux tiers créanciers, c'est l'article 1613. La loi ne dit pas que le vendeur peut opposer son droit à tout tiers; donc ce n'est pas un droit réel : elle dit seulement que le vendeur peut opposer son droit aux créanciers de l'acheteur tombé

en faillite ou en déconfiture. Nous avons dit que la préférence que la loi accorde au vendeur sur les créanciers de l'acheteur s'explique, en droit, par la considération que le vendeur qui n'a pas délivré la chose à l'acheteur reste propriétaire en ce sens que la vente peut être résolue, et quand l'acheteur tombe en faillite, tout payement devient impossible. Quand même on n'admettrait pas cette explication, quand même on déciderait que le vendeur peut opposer son droit de rétention aux créanciers, non comme vendeur et propriétaire, mais en vertu du droit de rétention que la loi lui accorde, on n'en pourrait pas induire que la rétention est un droit réel. Le bail peut aussi être opposé à l'acquéreur, et cependant le bail ne donne au preneur qu'un droit de créance contre le bailleur. Les textes ne décident donc pas la difficulté, et c'est aux principes qu'il en faut revenir. Or, il y a un principe qui n'est pas contesté, c'est que les droits réels qui affectent un immeuble donnent le droit de suite. Le droit de rétention donne-t-il le droit de suite? Non; cela est d'évidence, puisque le droit que la loi accorde consiste précisément à retenir la chose. Il faudrait donc dire que le droit de rétention est un droit réel d'une nature toute spéciale; mais sur quoi fonde-t-on cette réalité imparfaite? Sur les textes? Il n'y en a pas. Sur les principes? On dit que le droit de rétention est une garantie, et que, pour être efficace, la garantie doit être réelle (1). Les interprètes qui font ce raisonnement devraient commencer par prouver que le législateur a voulu donner une garantie complète à ceux qui jouissent du droit de rétention. S'il l'avait voulu, il leur aurait accordé un privilége, armé du droit de suite; or on convient que le rétenteur n'a ni privilége, ni droit de suite (2). Ce sont donc les interprètes qui supposent que la garantie doit être complète, et qui de là concluent qu'elle doit être réelle. C'est oublier leur rôle et entreprendre sur le droit du législateur. La loi seule peut déterminer l'étendue de la garantie qu'elle seule a le pouvoir d'accorder. Aux uns, elle donne une préférence à

(1) Valette, *Des priviléges et hypothèques*, p. 8, n° 7. Mourlon, *Examen critique*, t. II, p. 663, n° 215.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 495, n° 1245.

l'égard de tous tiers; aux autres, elle ne donne qu'une préférence à l'égard des créanciers chirographaires; il y en a enfin, et ce sont précisément les rétenteurs, qu'elle protége uniquement contre le propriétaire qui réclame sa chose et qui a des obligations à remplir envers le possesseur, relativement à cette chose. De quel droit les interprètes étendent-ils aux tiers une garantie que la loi a limitée aux parties contractantes?

C'est, dit-on, que les ayants cause n'ont d'autre droit que leur auteur; or, si le débiteur doit respecter le droit de rétention du créancier, il en doit être de même de ceux à qui il transmet des droits sur la chose qui est grevée du droit de rétention (1). Sans doute, si le droit de rétention grevait la chose que le créancier retient, les acquéreurs et les créanciers hypothécaires postérieurs ne pourraient exercer leurs droits que sur la chose ainsi grevée et démembrée. Mais si la chose n'est pas grevée, si le débiteur seul est tenu, si le créancier n'a qu'un droit personnel, il est d'évidence que les acquéreurs et les créanciers hypothécaires ne sont pas obligés par l'obligation qui lie leur auteur. On applique donc à faux la maxime qui ne permet point de transmettre à d'autres plus de droit qu'on n'en a soi-même. Ce principe, très-vrai quand il s'agit de droits réels, ne peut pas être invoqué contre les ayants cause de celui qui s'est obligé personnellement; les obligations passent aux ayants cause à titre universel, elles ne passent pas aux ayants cause à titre particulier. Nous n'insistons pas sur ce point, qui est essentiel quoique élémentaire; au titre du *Nantissement*, il a été répondu à l'objection (t. XXVIII, n° 338).

Ainsi les textes n'établissent point la réalité du droit de rétention, et d'après les principes ce droit est personnel (2).

(1) Duranton, t. XIX, p. 9, n° 8. Mourlon, *Répetitions*, t. III, p. 495, n° 1244. Pont, *Petits contrats*, t. II, p. 711, n° 1292.

(2) Troplong, *Du nantissement*, n°s 442 et suiv., 552 et suiv. Troplong, *Des Priviléges et Hypothèques*, t. I, n°s 255 et suiv. Larombière, *Obligations*, t. II, n° 46 de l'article 1186 (p. 500 de l'édition belge, t. I). Comparez Bruxelles, 13 mars 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 222).

II. Dans quels cas le droit de rétention existe-t-il?

293. Les avis sont partagés sur cette question comme sur tout ce qui concerne le droit de rétention. Si l'on admet que le droit de rétention est réel, il en résulte pour le rétenteur un droit de préférence qui n'a pas tous les caractères du privilége, mais qui donne toutefois au créancier le droit d'exiger le payement de sa créance par préférence aux tiers, acquéreurs et créanciers. Dans cette opinion, il nous paraît d'évidence que le droit de rétention n'existe qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi. Cela résulte du principe qui est consacré par les articles 2093 et 2094 (loi hyp., art. 8 et 9). L'égalité des créanciers est la règle, la préférence dont quelques-uns jouissent à l'égard des autres est une exception (n° 283); et la loi limite l'exception aux priviléges et hypothèques.

Pour échapper au texte des articles 2093 et 2094, on a essayé de s'abriter sous les principes généraux, en réclamant le bénéfice du droit commun. Quel est ce droit commun? Voici le principe que l'on invoque. Dans les cas, dit-on, où deux obligations existent corrélativement l'une à l'autre, aucun des deux débiteurs ne peut être contraint d'exécuter son engagement si l'autre débiteur n'a pas déjà exécuté ou s'il n'offre pas d'exécuter le sien. Cette argumentation suppose d'abord que, dans tous les cas où le droit de rétention est réclamé, il existe une convention bilatérale qui engendre des obligations corrélatives à charge de chacune des parties contractantes. Or, le droit de rétention a lieu, en vertu de la loi, dans un cas où aucune convention n'est intervenue entre les parties (art. 867) et dans un cas où l'une des parties seulement est obligée (art. 1948), et les auteurs l'admettent dans d'autres contrats unilatéraux. L'argumentation pèche donc par sa base : pour justifier un droit général, il faut une raison générale. Il y a plus. Même en supposant qu'il y ait deux obligations corrélatives, on n'en pourrait pas conclure que le droit de rétention en est la conséquence. Tout débiteur est obligé de prester ce qu'il doit; il ne peut pas opposer à son

créancier que celui-ci est son débiteur, à moins qu'il ne se trouve dans les cas où la loi permet la compensation. C'est par exception que le débiteur peut retenir la chose qu'il doit restituer, en se fondant sur une obligation qui incombe à son créancier. Ainsi, loin d'être un droit général, la rétention est un droit exceptionnel, ce qui ne permet pas à l'interprète de l'étendre hors des cas prévus par la loi. Le prétendu principe général que l'on nous oppose n'est pas même admissible dans les contrats synallagmatiques, bien que les obligations qui en résultent soient corrélatives, à ce point que l'une soit la condition de l'autre. Cela n'empêche pas que chacun des débiteurs soit tenu de remplir son obligation; tout ce que, en principe, il a le droit de faire, c'est de forcer l'autre partie à remplir les siennes. Il ne pourrait pas même, d'après la rigueur du droit, demander la résolution du contrat; si le code civil le permet, c'est par équité. Cela prouve que l'équité, que l'on invoque aussi pour justifier le droit de rétention, ne donne aucun droit; il a fallu une disposition formelle de la loi pour sous-entendre la condition résolutoire dans les conventions bilatérales. Et il faudrait aussi une disposition formelle pour autoriser le droit de rétention, car ce droit déroge également à la rigueur des principes par des raisons d'équité. Ces considérations sont à l'adresse du législateur; l'interprète ne peut pas écouter l'équité, il doit obéir aux lois et aux principes qui en découlent (1).

On prétend que la loi fait de l'équité un principe général, puisque, aux termes de l'article 1134, les conventions doivent être exécutées de bonne foi (2). Est-ce que cette disposition autorise le débiteur à suspendre l'exécution de son obligation jusqu'à ce que le créancier ait rempli la sienne? Tout ce que la loi veut dire, c'est que, dans la législation moderne, il n'y a plus de contrats de droit strict et des contrats de bonne foi; la bonne foi est devenue une règle générale dont on doit tenir compte dans toutes les conventions. Qu'est-ce que cela a de coumun avec le droit

(1) Mourlon, *Examen critique*, t. II, p. 729 et suiv., n° 231.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 115, note 5, § 256 *bis* (4e édition).

de rétention? Ce qui prouve que l'article 1134 est étranger au débat, c'est qu'il y a des cas où la loi admet le droit de rétention sans qu'il y ait un contrat : tel est l'article 867; et nous allons dire que la doctrine l'admet en faveur du possesseur de bonne foi, toujours sans qu'il y ait aucune convention. Il faut donc laisser de côté la maxime formulée par l'article 1134. C'est une de ces interprétations forcées auxquelles les interprètes recourent pour faire dire à la loi ce qu'elle ne dit point. Si ce système d'interprétation l'emportait, on aboutirait à l'arbitraire le plus absolu; chaque interprète se ferait législateur, et il y aurait autant de codes que d'auteurs. Nous demandons si c'est là le but de la codification. Le législateur a voulu mettre fin à l'arbitraire et à la prétendue équité des parlements. Serait-ce pour mettre à la place l'arbitraire et l'équité de la doctrine? On va voir à quelle anarchie conduit cette fausse interprétation dans notre débat : les auteurs ne s'entendent ni sur le principe ni sur les applications.

294. Dans quels cas et sous quelles conditions peut-on admettre le droit de rétention? La question est déjà singulière. En droit, il ne s'agit pas de ce que le juge peut faire, il s'agit de ce qu'il doit faire. Et peut-il être question de ce qu'il doit faire, quand il n'y a pas de loi? Telle est cependant la situation du juge quand il décide s'il y a lieu ou non au droit de rétention; il peut l'admettre ou le rejeter, sans que sa décision soit sujette à cassation. Ainsi il y a un droit qui n'aurait aucune sanction, en ce sens que le juge peut le méconnaître impunément, et qu'il peut aussi admettre d'une manière arbitraire! Il lui faut néanmoins un principe, puisqu'il est obligé de motiver ses décisions. Quel est ce principe?

Ceux qui admettent le droit de rétention comme règle générale disent qu'il peut être étendu à tous les cas où le détenteur de la chose se trouve être créancier à raison d'impenses nécessaires ou utiles faites sur la chose même dont la restitution lui est demandée; il y a, dans ce cas, *debitum cum re junctum*, comme on dit à l'école, ce qui justifie le droit de rétention. Par application de ce prin-

cipe, on exige trois conditions pour qu'il y ait lieu au droit de rétention. D'abord la possession de la chose d'autrui par un tiers. En second lieu, une obligation de la part du propriétaire envers le détenteur; mais toute espèce de créance ne suffit pas pour autoriser le détenteur à retenir la chose; il faut que la créance se rattache au rapport qui existe entre le possesseur et le propriétaire, c'est-à-dire qu'elle soit corrélative à l'obligation dont est tenu le détenteur de restituer la chose. L'héritier donataire doit rapporter à la succession la chose donnée; il a fait sur cette chose des impenses à raison desquelles il a droit à indemnité, ce qui constitue une obligation à charge de ses cohéritiers, obligation corrélative à celle du rapport. De là le droit de rétention en faveur de l'héritier donataire (1).

Cela ne suffit point, disent MM. Aubry et Rau, il faut encore qu'il existe entre le possesseur et le propriétaire un contrat ou un quasi-contrat. Dans leur système, cela est très-logique. Ils fondent le droit de rétention sur l'article 1134, ce qui suppose l'existence d'un contrat, ou au moins d'un quasi-contrat. Mais le fondement du système est peu solide, puisque l'interprétation que l'on donne à l'article 1134 est forcée. En définitive, on se trouve dans l'incertitude la plus absolue quant au principe, et, par suite, quant aux conditions du droit de rétention. Ce qui est inévitable. Le code ignore le droit de rétention, comme droit général; est-ce que les interprètes ont qualité pour établir un droit et déterminer les conditions requises pour son exercice? Le principe étant incertain, il va de soi que les applications doivent être incertaines. Il nous reste donc à exposer, non pas la doctrine, mais les incertitudes de la doctrine.

293. Le commodataire a-t-il le droit de rétention? Consultons d'abord la loi. Si, dit l'article 1890, l'emprunteur est obligé, pour la conservation de la chose, à quelque dépense extraordinaire, nécessaire et urgente, le prêteur sera tenu de la lui rembourser. L'article 1891 ajoute

(1) Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. III, p. 115, note 4, § 256 *bis*. Il faut ajouter Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 494, n° 1241; Pont, *Petits contrats*, t. II, p. 709, n°s 1287 et 1288.

que lorsque les défauts de la chose prêtée ont causé quelque préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable s'il les connaissait, et s'il n'en a pas averti l'emprunteur. D'après le texte du code, l'action de l'emprunteur est purement personnelle. Il n'est pas dit un mot d'où l'on puisse induire que l'emprunteur jouisse d'un droit de rétention qui donnerait à son action un caractère de réalité. Cependant la plupart des auteurs lui accordent ce droit (1). Sur quoi le fondent-ils? On invoque la tradition : à notre avis, elle témoigne contre ceux qui y cherchent un appui. Pothier, le guide habituel des auteurs du code, enseigne que le dépositaire ainsi que l'emprunteur ont un droit de rétention; qu'a fait le législateur français? Il a accordé la rétention au dépositaire et il ne la donne pas à l'emprunteur. Le silence de la loi est significatif. En effet, l'équité, qui joue un si grand rôle dans cette matière, plaide pour le dépositaire, et elle plaide contre l'emprunteur. Le premier rend un service, et il serait odieux que le déposant puisse réclamer sa chose sans que le dépositaire eût une garantie pour le remboursement des dépenses que le dépôt a nécessitées : tandis que l'emprunteur reçoit un service, et il serait tout aussi odieux qu'il pût retenir la chose et en priver celui qui l'a gratifié, pour transformer le prêt en gage. On ne peut donner d'autre raison pour justifier le droit de rétention que le principe des obligations corrélatives et conventionnelles; mais ce principe, c'est la doctrine qui l'a imaginé, la loi l'ignore. En tout cas, l'application qu'on en fait ne prouve pas en faveur du principe d'où elle découle. Le contrat de prêt, dit-on, doit être exécuté de bonne foi. Sans doute; mais la bonne foi permet-elle à celui qui est donataire de se prévaloir de sa donation pour causer un dommage au donateur? S'agit-il de dépenses nécessaires, il a un privilége. S'agit-il d'un préjudice causé par les défauts de la chose, il a l'action naissant du quasi-délit. Pourquoi jouirait-il, de ce chef, d'un droit de préférence (2)?

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 115, note 6, § 256 *bis*, et les auteurs qu'ils citent.
(2) Mourlon, *Examen critique*, t. II, p. 736, n° 231.

296. Le mandataire jouit-il du droit de rétention? Aux termes de l'article 1999, le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été convenu. Le mandataire a-t-il un droit de rétention pour la garantie de ces créances? Même question pour le gérant d'affaires, qui a aussi une action contre le maître, d'abord pour être indemnisé des engagements personnels qu'il a pris, et ensuite pour le remboursement des dépenses nécessaires et utiles qu'il a faites (art. 1375). La doctrine répond oui et non, et il en est de même de la jurisprudence. Il y en a qui distinguent entre le mandataire et le gérant d'affaires, et qui donnent au premier le droit de rétention qu'ils refusent au second. Puis on distingue les diverses causes des créances : le mandataire, dit-on, a le droit de rétention pour le recouvrement de ses avances ou déboursés; il ne l'a pas pour le payement de ses salaires ou honoraires. Si nous consultons la jurisprudence, l'incertitude augmente. Une seule et même cour accorde et refuse le droit de rétention.

On lit dans un arrêt de la cour de Bruxelles : « Il est de principe dans tous les contrats, tant synallagmatiques que ceux d'où naissent des actions directes et contraires, comme dans le dépôt, mandat et autres de cette nature, que l'une des parties ne peut contraindre l'autre à l'accomplissement du contrat, à moins qu'elle ne l'ait rempli de son côté. » Si l'on demandait à la cour quel est l'article du code Napoléon qui établit ce principe? Ce qui est de principe dans une espèce n'est plus de principe dans une autre. En 1817, la cour de Bruxelles consacre le droit de rétention comme droit général, qu'elle applique au mandataire (1). En 1819, elle le refuse au mandataire administrateur, par le motif que, n'ayant qu'une sorte de détention de l'immeuble pour le propriétaire, il ne peut invoquer les dispositions des lois sur le droit de rétention, en faveur des possesseurs véritables, à raison des impenses et améliorations (2). Voilà un nouveau principe, en vertu duquel il

(1) Bruxelles, 13 novembre 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 513).
(2) Bruxelles, 27 octobre 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 469).

faudrait décider que le dépositaire n'a pas le droit de rétention; cependant la loi le lui donne! Ces prétendus principes, que l'on imagine pour le besoin de la cause, ne prouvent qu'une chose, l'absence de tout principe.

A l'arrêt de la cour de Bruxelles, qui fait de la rétention un principe général, nous opposerons un arrêt de la cour de Bordeaux qui nie ce principe. Il n'existe dans nos codes, dit-elle, aucune disposition légale qui autorise un créancier à retenir les biens de son débiteur jusqu'à ce qu'il soit payé de ce qu'il prétend lui être dû. Le premier juge avait accordé au mandataire le droit de rétention pour ses avances sur les objets à lui confiés. On a beau, répond la cour, parcourir tous les articles du code, au titre du *Mandat,* on n'y trouve rien qui établisse ce privilége exorbitant du droit commun, de la rétention des biens du débiteur au profit du créancier. Le code dit bien que le mandataire doit être remboursé de ses avances, mais il ne va pas au delà; il laisse donc le mandataire dans les termes du droit commun, en ce qui concerne les voies qu'il doit prendre pour se faire payer de ses avances (1). Voilà, à notre avis, les vrais principes, car ils se fondent sur des textes. Toutefois l'opinion contraire a prévalu dans la doctrine et dans la jurisprudence (2).

Dans l'opinion générale, on reconnaît le droit de rétention à l'avoué, à titre de mandataire, avec de nouvelles distinctions, que nous constatons sans nous charger de les justifier, et ceux qui les proposent ne s'en sont pas donné la peine. Les avoués, dit-on, peuvent retenir, jusqu'au payement de leurs salaires et déboursés, les actes de procédure qui sont leur ouvrage. Mais ils ne peuvent retenir les titres et autres actes qui leur ont été confiés. Quant aux actes et jugements levés ou régularisés à leurs frais, ils peuvent également les retenir jusqu'au payement de leurs déboursés concernant spécialement ces pièces; mais ils ne le peuvent pour leurs salaires. Toutefois il leur est permis

(1) Bordeaux, 14 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 261)

(2) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 116, note 7, § 256 *bis*, et la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Mandat*, n° 259.

de les retenir pour faire taxer et liquider les frais qui leur sont dus (1).

297. On admet encore le droit de rétention en faveur de l'ouvrier ou du fabricant auquel ont été confiées soit des matières premières à façonner, soit des choses à réparer : il peut retenir, dit-on, les objets façonnés ou réparés jusqu'au payement de ses salaires (2). Il n'y a pas un mot de ce prétendu droit dans la loi. Cependant la loi s'occupe des ouvriers ; elle leur donne un privilége pour les travaux de conservation (art. 2102, n° 3; loi hyp., art. 20, 4°). Ainsi les interprètes ajoutent à la loi, ils la corrigent; la loi refuse un privilége aux ouvriers qui font des travaux d'amélioration; elle a peut-être tort, mais il n'appartient pas aux juges de la modifier; ils la modifient néanmoins en donnant aux ouvriers, sous le nom de *rétention,* un droit de préférence qui équivaut à un privilége et qui est même plus efficace, puisque le privilége se perd par l'aliénation de la chose qui en est grevée. Les tribunaux ne jugent plus d'après la loi, ils font la loi. Qu'on en juge par l'arrêt de la cour de Rouen que nous allons analyser.

Il s'agissait d'un fabricant qui blanchissait les toiles qu'un négociant lui remettait. Le négociant tomba en faillite; action du syndic pour réclamer les toiles qui étaient restées en possession du blanchisseur. Celui-ci opposa son droit de rétention, qu'il qualifiait de nantissement. Le premier juge rejeta l'exception, par le motif qu'il n'y avait de priviléges que ceux établis par une loi. Appel. La cour commence par poser en principe que les formalités prescrites par l'article 2074 pour le nantissement doivent être observées dans les matières commerciales. Mais, ajoute-t-elle, ce principe général est susceptible de modification, suivant les circonstances et suivant les espèces. Voilà un singulier principe! Qui est juge de ces circonstances? Les tribunaux. Cela revient à dire que les tribunaux font le droit à leur guise. La cour décide ensuite que l'article 2084

(1) Voyez les autorités citées par Larombière, *Obligations*, t. II, article 1186, n° 40, p. 498 de l'édition belge, t. I.

(2) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. III, p. 116, note 11. Il faut ajouter Bruxelles, 13 mars 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 222).

donne implicitement le privilége du gage au créancier qui réclame le salaire de sa main-d'œuvre, et qui retient comme gage la marchandise qui lui a été donnée à préparer. Cela aboutit à créer un privilége que la loi ignore, et un privilége qui n'est pas soumis aux formalités de l'article 2074; de sorte que les tiers se trouveront primés par un privilége sans qu'il aient joui des garanties que la loi a voulu leur donner. La cour conclut qu'un pareil nantissement est valable, tant par la *nature des choses* que par l'*usage habituel du commerce*. Ainsi les priviléges s'établissent par la *nature des choses!* et il suffit d'un *usage du commerce* pour les consacrer! Que devient, dans cette doctrine, si cela peut s'appeler doctrine, le véritable principe qui gouverne les priviléges, à savoir qu'ils sont de stricte interprétation et que, par suite, il n'y a pas de privilége sans texte? Chose singulière! Après avoir créé un privilége que la loi ignore, la cour ajoute que tout privilége est un droit exorbitant, et qu'il doit être restreint dans des limites justes et équitables. Qui trace ces limites? Toujours les tribunaux; ce ne peut être la loi, dans l'espèce, puisque la loi ne connaît pas le privilége des travaux d'amélioration; la *nature des choses*, c'est-à-dire le juge, crée le privilége, et la *nature des choses* le limite. Puis la cour se met à limiter ledit privilége, et elle finit par conclure que le créancier peut, dans les cas ainsi définis, réclamer un privilége comme étant valablement nanti par la *nature des choses* et des *circonstances*(1). Voilà ce que devient la jurisprudence quand elle se mêle de faire la loi!

298. Aubry et Rau n'admettent pas le droit de rétention là où il n'y a point de rapports contractuels ou quasi-contractuels d'un débiteur et d'un créancier. Ce principe qu'ils déduisent de l'article 1134 est aussi arbitraire; il est même en opposition avec le texte de la loi, puisque le code accorde le droit de rétention à l'héritier donataire contre ses cohéritiers, bien qu'il n'y ait entre eux aucun lien d'obligation. Du reste, c'est une opinion isolée. Il y a de nouvelles controverses et de nouvelles incertitudes. Le tiers posses-

(1) Rouen, 9 juin 1826 (Dalloz, au mot *Rétention*, n° 18).

seur évincé par le propriétaire a droit à une indemnité, lorsqu'il est de bonne foi, pour les constructions et plantations qu'il a faites. Alors même qu'il est de mauvaise foi, le propriétaire doit l'indemniser s'il veut conserver les travaux. Le possesseur jouit-il du droit de rétention comme garantie de son indemnité? Dans notre opinion, la négative est certaine; le silence de la loi suffit pour décider la question. Il y a controverse dans l'opinion générale; la plupart des auteurs accordent la rétention au possesseur de bonne foi et ils la refusent au possesseur de mauvaise foi (1). La distinction paraît naturelle et morale; en réalité, elle n'a pas de raison d'être. En effet, dans quel cas et sous quelle condition le possesseur de mauvaise foi peut-il réclamer une indemnité? Le propriétaire peut demander la suppression des plantations et constructions aux frais de celui qui les a faites; s'il préfère les conserver, il doit rembourser au possesseur la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre, quand même les dépenses excéderaient la plus-value; ce qui arrivera le plus souvent. La loi considère donc cette indemnité comme très-légitime, et elle semble même lui accorder une faveur plus grande qu'elle n'en témoigne au possesseur de bonne foi. Cela prouve que la mauvaise foi et la morale sont hors de cause. L'équité est pour le possesseur. Si l'équité suffit pour légitimer le droit de rétention, on doit l'accorder au possesseur évincé. Mais la loi ne le donne pas au possesseur; ce qui suffit pour le lui refuser. Et le législateur a bien fait de ne pas le lui donner. La position du propriétaire revendiquant est déjà très-dure, puisqu'il doit payer une indemnité pour des travaux que peut-être il n'aurait pas faits; l'obliger à indemniser le possesseur avant qu'il puisse rentrer en possession, ce serait souvent le mettre dans l'impossibilité d'exercer son droit, ou le forcer à contracter un emprunt. La loi devait sa protection au droit de propriété de préférence au fait de la possession (2).

299. La controverse est plus vive encore et l'incerti-

(1) Voyez Rauter, *Du droit de rétention* (*Revue étrangère*, 1841, p. 782).
(2) Comparez Tarrible, dans le *Répertoire* de Merlin, au mot *Privilége de créance*, sect. IV, § V, n° II (t. XXV, p. 202).

tude plus grande quand il s'agit du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. Il peut répéter ses impenses et améliorations contre les créanciers hypothécaires jusqu'à concurrence de la plus-value (art. 2175; loi hyp., art. 103). A-t-il, de ce chef, un droit de rétention? Nous allons exposer les systèmes divers que l'on a soutenus sur cette question; ils prouveront jusqu'à l'évidence que la doctrine s'est placée en dehors de la loi, ce qui veut dire qu'elle a essayé de la faire; mais elle la fait très-mal, l'un des systèmes détruit l'autre, et il reste le doute, sans solution possible, à moins qu'on n'admette, comme nous le croyons, qu'il n'y a pas de droit de rétention sans loi qui l'accorde.

Dans une première opinion, on dit que le tiers détenteur a le droit de rétention. Et les motifs d'équité ne manquent point en sa faveur. C'est un propriétaire qui fait les travaux qu'il avait le droit de faire; ces travaux augmentent la valeur de l'immeuble, et la plus-value profite aux créanciers hypothécaires : n'est-il pas de la plus stricte justice que les créanciers tiennent compte de dépenses dont ils s'enrichissent? Le droit à l'indemnité ne suffit point; il faut une garantie au tiers détenteur, et il n'y en a pas d'autre que la rétention de l'immeuble. Il est vrai que la loi ne lui donne pas ce droit; mais qu'importe? N'est-il pas de *principe* que la rétention appartient de plein droit à tout détenteur qui a conservé et amélioré le fonds dont on veut l'évincer (1)? Encore un *principe;* celui-ci est évidemment imaginé pour le besoin de la cause. N'en est-il pas de même de tous les principes que les auteurs mettent en avant? Chacun a le sien et repousse celui des autres. C'est l'anarchie en plein.

La seconde opinion refuse au tiers détenteur la rétention, par la raison décisive que la loi ne lui accorde pas ce droit. Mais, par une inconcevable contradiction, on accorde au détenteur un privilége, bien que pour le privilége on puisse dire ce que l'on dit de la rétention, qu'il n'y a pas de privilége sans loi; et où est la loi qui donne un privilége au tiers détenteur? Ce qui rend ces contradictions plus

(1) Tarrible (voyez p. 339, note 2), suivi par Battur, t. III, nos 491-507.

choquantes et, disons-le, plus affligeantes, c'est qu'elles sont enseignées par un jurisconsulte que l'on comparait à nos grands maîtres, et que sa science a élevé sur le siége de premier président de la cour de cassation de France(1). Quelle science que celle qui professe les hérésies que Troplong enseigne avec un ton de certitude tel, que l'on croirait qu'il s'agit d'une vérité *évidente!* C'est lui qui prononce ce mot. Voyons quelle est cette évidence. Pothier et Loyseau accordaient au tiers détenteur un privilége sur l'immeuble dont il était évincé. Or, rien ne fait présumer que cette jurisprudence ait été abandonnée par les auteurs du code. Quelle logique! *Rien ne fait présumer!* Troplong oublie qu'il y a une loi qui abolit l'ancien droit dans les matières que le code traite. Il n'y a donc plus lieu à *présumer*, le législateur a parlé. On ne l'écoute pas; et l'on enseigne qu'il est *évident* qu'en accordant au tiers détenteur une action jusqu'à concurrence de la plus-value, *au moment où l'immeuble va être vendu* et le prix distribué, la loi a entendu lui conférer le droit d'exercer sa répétition sur le prix, par préférence aux créanciers hypothécaires. *Il est évident!* Et cette prétendue évidence n'est pas même une probabilité. C'est la probabilité contraire qui est certaine. Quoi! les auteurs du code avaient Pothier sous les yeux, et ils ne répètent pas ce qu'il dit, ils gardent le silence sur le privilége, et ce *silence* devient une *preuve évidente* de leur intention de maintenir le privilége! Est-ce que les priviléges s'établissent sur l'*intention* du législateur ou sur des textes? Et qui nous dit que telle ait été l'intention des auteurs du code? C'est, dit-on, parce qu'ils donnent au tiers détenteur une indemnité *au moment où l'immeuble se vend* et où le prix s'en distribue. Nous demanderons à quel autre moment ils lui auraient donné ce droit? Et est-ce le moment où un droit prend naissance qui détermine la nature de ce droit? Troplong prévoit l'objection qu'on lui fera, le silence de la loi. Il répond que la préférence n'avait pas besoin d'être écrite dans les

(1) Troplong n'a fait que développer (n° 838) ce que Grenier (t. II, n° 336) et Persil (*Régime hypothécaire*, art. 2175, n° 6) avaient enseigné.

textes, parce qu'elle est inhérente à la plus-value. Ainsi il y a des priviléges tacites! Voilà une hérésie juridique, s'il en fut jamais (1).

Nous ne dirons rien du troisième système proposé par les éditeurs de Zachariæ. Les auteurs mêmes qui brillent par l'exactitude deviennent fatalement inconséquents, en voulant concilier ce qui est inconciliable, un droit de préférence avec le silence de la loi, qui ne donne au tiers détenteur ni rétention ni privilége. Aubry et Rau l'avouent; mais, par un singulier tour de force, ils parviennent à donner au tiers détenteur un droit de préférence que la loi lui refuse. D'après eux, le tiers détenteur jouit, à l'égard des créanciers hypothécaires, d'une action *de in rem verso,* qu'il peut exercer dans l'ordre, par voie de distraction; il peut même faire insérer au cahier des charges une clause qui impose à l'adjudicataire l'obligation de lui payer directement le montant de la plus-value de l'immeuble. Reste à prouver que le tiers détenteur a ces droits; ils ne sont fondés sur rien, et ils aboutissent néanmoins à lui donner un droit de rétention et, par suite, de préférence, malgré la loi, qui n'admet d'autres causes de préférence que les hypothèques et les priviléges (n° 284) (2).

300. L'usufruitier qui fait les grosses réparations que la loi met à la charge du nu propriétaire (art. 605) a un recours contre celui-ci. Il peut encore répéter, à la fin de l'usufruit, le capital des charges imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit, quand c'est lui qui en a fait l'avance, de même que le capital des dettes qu'il a acquittées à la décharge du nu propriétaire (art. 609 et 612.) Jouit-il d'un droit de rétention de ce chef? Non, disent les uns, car il n'y a pas de rapport contractuel entre l'usufruitier et le nu propriétaire. Oui, disent les autres, parce que ce droit est dans les principes de l'équité, dans ceux du droit romain et dans l'esprit du code civil. Proudhon, qui

(1) Nous ne faisons que résumer ce que Mourlon a dit avec une grande puissance de logique (*Examen critique,* t. II, p. 741, n° 232).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 452, note 58, § 287, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Larombière, t. II, art. 1186, n° 44, p 499 de l'édition belge, t. I. Nous croyons inutile d'insister sur les contradictions de ce dernier auteur.

professe cette dernière opinion, est un de nos meilleurs jurisconsultes; mais les meilleurs sont condamnés à s'égarer quand ils abandonnent la voie sûre du texte et des principes certains qui en résultent. Qu'importe que l'équité soit en faveur de l'usufruitier? Faut-il demander à Proudhon si un droit qui accorde une préférence à un créancier sur les autres se fonde sur l'équité? Que devient alors l'article 2094? Les principes du droit romain sont sans autorité aucune dans cette matière, le code ne les ayant pas reproduits : c'est de l'histoire ancienne. Quant à l'esprit du code civil, il est très-vrai qu'il consacre le droit de rétention dans des cas qui ne sont pas plus favorables que celui où sont les héritiers de l'usufruitier, lorsque leur auteur a fait des impenses nécessaires ou des avances. Mais est-il nécessaire d'apprendre à Proudhon que ce n'est pas l'interprète qui juge des causes de préférence, que le législateur seul peut déterminer la faveur que mérite telle créance à l'égard des créances moins favorables? On va voir ce que devient le droit quand les interprètes se décident d'après de pareilles considérations. Proudhon suppose que le nu propriétaire est pauvre et hors d'état de rembourser de suite les impenses faites par l'usufruitier; il serait dur de le priver de la jouissance de sa chose; l'équité demande qu'il puisse rentrer dans son patrimoine, sauf à affecter spécialement le fonds au payement de l'indemnité dont il est débiteur. Qu'est-ce à dire? Cette affectation serait une hypothèque ou un privilége. Or, y a-t-il des hypothèques sans convention, sans loi? Y a-t-il des priviléges sans texte? Il faut bannir de notre science cette équité parasite qui vient prendre la place du droit. Sans doute les lois doivent être basées sur l'équité, mais c'est le législateur seul qui a cette mission.

301. Notre opinion étant à peu près isolée, nous devons exposer l'opinion généralement reçue. Nous savons, à l'incertitude près, quels sont les créanciers qui jouissent du droit de rétention. Il reste à voir comment ils l'exercent et contre qui. On enseigne que le droit de rétention est indivisible, en ce sens qu'il peut être exercé, pour la totalité de la créance, sur chaque partie de la chose qui en forme

l'objet (1). C'est à peu près ce que la loi dit de l'hypothèque (art. 2114; loi hyp., art. 41). Sur quoi se fonde-t-on pour décider que le droit de rétention est indivisible? Il ne s'agit pas de l'indivisibilité proprement dite des articles 1217 et 1218. L'indivisibilité de l'hypothèque est une garantie pour le créancier hypothécaire. De quel droit étend-on cette garantie à la rétention? Elle tient à la réalité du droit qui frappe la chose et la démembre. Or, les auteurs qui établissent le principe de l'indivisibilité de la rétention disent que le rétenteur n'a pas de droit réel proprement dit. Dès lors nous ne voyons plus de base pour l'indivisibilité du droit de rétention.

Voici une application de l'indivisibilité, aussi douteuse que le principe d'où elle découle. Un ouvrier reçoit un lot de marchandises à façonner ou à réparer; il restitue une partie des marchandises sans s'être fait payer; il peut retenir le surplus pour la garantie de la totalité de ce qui lui est dû. Nous disons que cela est douteux. Sur quoi se fonde le droit de rétention? Sur la possession, en ce sens que c'est la possession retenue et conservée à titre de garantie. N'en faut-il pas conclure que le créancier qui renonce à la possession renonce à sa garantie? Cela est certain quand le créancier abandonne la possession de l'immeuble sur lequel il a fait des impenses; et il en serait de même si, dans l'espèce, l'ouvrier rendait les marchandises au maître. S'il en rend une partie, ne doit-on pas dire qu'il renonce à une partie de sa garantie? Car il s'agit de choses divisibles. Ce qui le prouve, c'est que l'ouvrier, dans l'opinion générale, ne peut pas se prévaloir du droit de rétention pour ce qui lui est dû quand il reçoit des marchandises en vertu d'une nouvelle convention; s'il lui est dû 1,000 fr. pour façon de la première partie de marchandises et 1,000 fr. pour la seconde, il n'aura le droit de rétention que pour la dernière dette; donc pour la moitié de ce qui lui est dû (2). Si le droit de rétention se divise dans cette hypothèse, il peut aussi se diviser dans l'autre; il faudrait donc une disposition

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 118, § 256 *bis*. Pont, *Petits contrats*, t. II, nº 1291.

(2) Voyez les arrêts cités par Aubry et Rau, t. III, p. 119, note 12.

de la *loi* pour le déclarer indivisible dans toute hypothèse.

302. Nous avons supposé que, dans l'opinion générale, le droit de rétention est un droit réel, quoique destitué du droit de suite. A vrai dire, il n'y a pas d'opinion générale en cette matière. Les uns disent que la rétention engendre un droit réel; d'autres traitent cette doctrine d'inexacte. Dans toutes les opinions, c'est un droit d'une nature singulière : réel sans droit de suite, ou non réel et opposable néanmoins aux tiers. Un droit d'une nature si particulière ne devrait-il pas être consacré par la loi? Ceux qui disent que ce n'est pas un droit réel enseignent qu'il peut cependant être opposé aux tiers, d'après son *fondement* et son *objet*, du moins *dans une certaine mesure*. Quel vague dans une science qui demande la plus exacte précision! Si ce n'est ni un droit réel, ni un droit personnel, qu'est-ce donc? Et sur quoi se fonde-t-on pour l'opposer aux tiers? Et à qui peut-on l'opposer? En matière mobilière, dit-on, il peut être opposé à l'acheteur, ainsi qu'aux créanciers chirographaires ou privilégiés du propriétaire de la chose, et cela même en cas de faillite. Ainsi un droit qui n'est pas un droit réel, qui n'est pas un privilége, l'emporte sur les priviléges! Et sans autre raison, sinon que cela résulte de son *fondement* et de son *objet!* En matière immobilière, dit-on, le droit de rétention peut être exercé contre l'acquéreur et contre les créanciers hypothécaires postérieurs. Il produit donc les effets d'un droit réel, sans être un droit réel. Que devient, dans cette étrange doctrine, la garantie des tiers acquéreurs et des créanciers hypothécaires? Leur droit sera altéré, diminué, sans qu'ils aient pu connaître l'existence de la rétention qu'on leur oppose. Les créanciers, notamment, pourront, il est vrai, poursuivre l'expropriation de l'immeuble, mais à condition de désintéresser le possesseur ou de le faire désintéresser par l'adjudicataire; ce qui peut entraîner la perte de tout ou partie de leur créance. Et la loi les garantissait néanmoins contre tout droit antérieur non inscrit. Un droit clandestin anéantira les droits rendus publics (1)! Les effets que l'on reconnaît au droit de

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 119, et notes 21-23, § 256 *bis*.

rétention sont contradictoires comme le droit lui-même; c'est un tissu d'inconséquences.

CHAPITRE II.

DES PRIVILÉGES.

SECTION I. — Notions générales.

303. L'article 12 (code civil, art. 2095) définit le privilége en ces termes : « C'est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. » Ainsi le privilége concerne les rapports des créanciers entre eux; il suppose qu'il y a concours de créanciers; ce qui arrive quand le débiteur est en déconfiture ou en faillite, c'est-à-dire quand ses biens ne suffisent pas pour payer intégralement toutes ses dettes. Dans ce cas, le prix s'en distribue entre eux par contribution (n° 280), à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence (art. 8; code civil, art. 2093). L'une de ces causes de préférence est le privilége. Lorsque le débiteur est solvable, il n'y a pas lieu à régler le rang des divers créanciers et l'ordre dans lequel ils sont payés; la matière des priviléges n'a d'importance, de même que celle des hypothèques, que dans le cas d'insolvabilité du débiteur; la préférence attribuée à certains créanciers leur assure, en général, leur payement, tandis que les créanciers chirographaires perdent une partie de leurs créances. De là suit que le rang des créanciers et, par suite, la question de savoir si l'un d'eux a un privilége sont chose indifférente pour le débiteur; vainement dirait-on qu'il lui importe d'être libéré quand il est au-dessous de ses affaires, il n'est jamais libéré intégralement; ce que l'un des créanciers reçoit en plus, par suite d'un privilége,

les autres le recevront en moins. Le débiteur n'a donc aucun intérêt aux causes de préférence; il ne peut pas intervenir, dans le concours des créanciers, ni pour soutenir l'existence d'un privilége, ni pour la contester, parce qu'il n'y a pas d'action sans intérêt (1).

301. Le mot *privilége* exprime mal la cause de la préférence que la loi y attache. Dans le langage ordinaire, ce mot implique une préférence accordée à la personne qui jouit de certains droits que la loi refuse à d'autres personnes. Tels étaient, sous l'ancien régime, les priviléges de la noblesse et du clergé, classes privilégiées; tandis que le tiers état formait une classe inférieure et, à certains égards, dépendante. Cet état de choses a été aboli par la révolution de 1789, qui a proclamé l'égalité et la liberté comme bases du nouvel ordre social. Les priviléges du droit civil n'ont rien de commun avec les priviléges politiques. Toutefois ce mot était si odieux à la France, que l'orateur du gouvernement prend soin de remarquer qu'il a dans le code civil une signification spéciale. « Ne nous abusons pas, dit Treilhard, sur l'acception du mot *privilége* employé dans ce titre. Cette expression emporte ordinairement avec elle l'idée d'une faveur personnelle; ici elle signifie un droit fondé sur la justice, puisqu'il est fondé sur la nature et la qualité de la créance (2). » La commission spéciale qui a élaboré le projet de notre loi hypothécaire fait la même remarque; on lit dans son rapport : « La commission n'a pas perdu de vue que le mot *privilége* ne doit jamais entraîner l'idée d'une faveur personnelle, et que la loi ne doit accorder une préférence à l'un des créanciers que lorsque l'humanité, la justice ou l'ordre public l'exigent impérieusement (3). » La rédaction même du code reproduit cette idée; il ne nomme pas les créanciers privilégiés; l'article 2101 (loi hyp., art. 19) dit que « les *créances* privilégiées sur la généralité des meubles sont celles ci-après exprimées. » De même l'article 20 porte : « Les *créances* privilégiées sur certains meubles sont... » Ce ne

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 10, n° 296, et l'arrêt qu'il cite.
(2) Treilhard, Exposé des motifs, n° 30 (Locré, t. VIII, p. 248).
(3) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 21).

sont pas les créanciers qui jouissent d'un privilége, ce sont les *créances*.

Il ne faut pas induire de là que le législateur ne peut pas accorder un droit de préférence à raison de la qualité de la personne. Le code civil le fait en établissant des hypothèques légales au profit des mineurs, des interdits, des femmes mariées, de l'Etat et des établissements publics. C'est bien la personne qui jouit ici d'une préférence; néanmoins on ne peut pas reprocher au législateur d'avoir méconnu le principe de l'égalité; il le sauvegarde, au contraire, en accordant une garantie hypothécaire à des créanciers qui, à raison de leur incapacité, ne peuvent pas eux-mêmes veiller à leurs intérêts; la loi stipule pour les incapables. Toutefois les incapables ne sont pas privilégiés; ils n'ont qu'une hypothèque telle qu'ils auraient pu la stipuler s'ils en avaient la capacité; ils n'ont pas de privilége, parce que le privilége ne se stipule point et que leurs créances ne méritent pas une préférence à raison de leur qualité; les hypothèques légales sont, au contraire, primées par les priviléges.

305. Y a-t-il des créances qui méritent la faveur d'être préférées à toutes les autres, même à celles des incapables que le législateur a munies d'une hypothèque légale? En expliquant les divers priviléges, nous dirons les motifs spéciaux qui les légitiment. Pour le moment, nous indiquerons les motifs généraux qui ont engagé le législateur à privilégier certaines créances. L'orateur du gouvernement cite seulement quelques-unes des raisons qui ont fait établir des priviléges. Il y a des créanciers qui rendent service aux autres, en conservant ou en améliorant la chose; il est juste que ceux qui s'enrichissent de leurs travaux leur en tiennent compte en les désintéressant : c'est l'application de la règle d'équité qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui. Treilhard invoque encore le droit de propriété en faveur du vendeur qui n'est pas payé; c'est par le payement du prix que la vente devient définitive; jusque-là le vendeur peut résoudre la vente; il en est donc encore *en quelque manière* le propriétaire, il ne cesse de l'être que si les autres créanciers veulent lui payer

le prix de la chose : de là son privilége. Grenier, le rapporteur du Tribunat, dit que les priviléges généraux sur les meubles se justifient par des motifs d'humanité : tels sont les priviléges que la loi accorde aux frais de dernière maladie, aux fournitures de subsistances, aux salaires des gens de service. Grenier ajoute que la modicité de ces créances les fait rarement entrer en considération dans les affaires d'intérêt (1). Ce dernier motif n'est pas déterminant, car il prouve trop et il ne prouve pas assez ; si on l'admettait, toutes les petites créances devraient être privilégiées ; à vrai dire, la modicité n'est pas une qualité de la créance ; donc elle ne peut être prise en considération pour justifier une préférence. Dans son *Traité des hypothèques*, Grenier fait encore valoir un autre motif de préférence, c'est le gage exprès ou tacite stipulé par le créancier qui ne contracte qu'à raison de la garantie toute spéciale que lui offre la chose dont il est nanti (2) : tels sont les priviléges du gagiste, de l'aubergiste, du voiturier et même du bailleur, lequel compte aussi sur le mobilier qui garnit les lieux loués pour le payement de ce qui lui est dû. Toutefois le nantissement dépasse déjà la notion du privilége ; d'après la rigueur des principes, il ne dépend pas de la convention des parties ; il est donc indépendant de leur volonté.

306. D'après l'article 12 (code civil, art. 2095), c'est la *qualité de la créance* qui donne à un créancier le droit d'être préféré aux autres créanciers. Qui détermine la qualité à raison de laquelle un créancier est préféré à l'autre? Est-ce le juge? Non, car un pareil pouvoir donné au juge aurait abouti à l'arbitraire dans une matière où, plus que dans toute autre, il importe qu'il y ait des règles immuables, sinon les priviléges seraient devenus des faveurs, alors que, dans l'esprit de la loi, ils doivent être fondés sur la justice. C'est la loi qui, à raison de la qualité de la créance, la munit d'un privilége. Il ne dépend pas non plus de la volonté des parties contractantes de créer des priviléges ;

(1) Grenier, Rapport, n° 16 (Locré, t. VIII, p. 257).
(2) Grenier, *Traité des Hypothèques*, n° 299. Comparez Duranton, t. XIX, p 30, n° 27; Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 496, n° 1297.

elles peuvent stipuler un droit de préférence sous forme d'hypothèque, mais il ne leur est pas permis de déclarer qu'une créance est privilégiée à raison de sa qualité. Cela est aussi fondé en raison : la qualité d'une créance dépend de sa nature, et les conventions des parties sont impuissantes à changer la nature d'une créance, à la rendre digne d'être munie d'un privilége, alors qu'elle n'aurait pas la qualité requise pour mériter une préférence. La cour de cassation s'est prononcée en ce sens, et cela n'est point douteux. « Les priviléges, dit-elle, étant exorbitants du droit commun, ne peuvent exister qu'en vertu d'une disposition de la loi, et ne peuvent pas être créés par une convention intervenue entre le créancier et le débiteur (1). » Par la même raison, les conventions des parties ne peuvent modifier les conditions que la loi établit pour l'existence ou la conservation des priviléges; rien, en cette matière, ne dépend des parties contractantes, par la raison que les préférences entre les créanciers sont d'intérêt général; et il n'est pas permis aux particuliers de déroger à ce qui est d'ordre public (2).

307. Le principe que les priviléges sont indépendants des conventions des parties contractantes reçoit exception en ce qui concerne le gage. Aux termes de l'article 2073, le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par *privilége* et préférence aux autres créanciers; cependant le gage est un contrat (article 2071), et ce contrat peut intervenir pour toute espèce de créance; le privilége qui en résulte dépend donc uniquement de la volonté des parties, sans que la qualité de la créance soit prise en considération. Domat en concluait que le droit de préférence du créancier gagiste n'était pas un vrai privilége, la préférence n'étant pas attachée à la qualité de la créance; d'après lui, le créancier était préféré aux autres créanciers à cause de la sûreté qu'il avait prise en se saisissant du gage (3). Il y a des auteurs modernes

(1) Rejet, 12 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 519). Cassation, 26 juillet 1852 (Dalloz, 1852, 1, 196).

(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 12, n° 300, et les autorités qu'il cite. Pont, t. I, p. 18, n° 24.

(3) Domat, *Lois civiles*, livre III, titre I, sect. V, préambule.

qui ont suivi cette doctrine. Persil enseigne que si le créancier gagiste a une préférence, c'est comme conséquence du droit de rétention; ce qui est une erreur certaine, puisque le créancier antichrésiste a le droit de rétention et n'a pas de privilége (1). Valette dit que le droit du gagiste est une sorte d'hypothèque mobilière (2). Il est inutile de combattre ces écarts de la doctrine; si nous les mentionnons, c'est pour prêcher le respect de la loi à nos jeunes lecteurs. Le code classe la créance du gagiste parmi les priviléges (art. 2102, 2°; loi hyp., art. 20, 3°) : de quel droit les auteurs s'écartent-ils du texte et entreprennent-ils de corriger la loi?

308. La loi qui définit le privilége ajoute qu'il donne au créancier le droit d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. Ainsi le privilége a un double rang de préférence; le créancier privilégié est d'abord préféré aux créanciers personnels, il est de plus préféré aux créanciers hypothécaires. Ce second rang de préférence suppose que le privilége porte sur un immeuble, les priviléges mobiliers ne pouvant se trouver en conflit avec les créanciers hypothécaires dont les droits sont immobiliers. Sous l'empire du code, ce conflit se présentait souvent. Les créanciers privilégiés sur la généralité des meubles avaient aussi un privilége sur les immeubles; à ce titre, ils étaient préférés aux créanciers hypothécaires, et ils avaient même la préférence sur les créanciers qui n'avaient qu'un privilége spécial sur l'immeuble (art. 2104, 2105). Nous dirons plus loin que cette préférence n'a été maintenue par la loi belge que pour les frais de justice, et ce privilége ne s'exerce qu'à l'égard des créanciers dans l'intérêt desquels les frais ont été faits (art. 17). Il en résulte que le conflit entre les créanciers privilégiés et les créanciers hypothécaires est devenu beaucoup plus rare. Quand il a lieu, le privilége l'emporte, en principe, sur l'hypothèque, à raison de la qualité de la créance privilégiée. Cette préférence n'est pas aussi absolue que la loi semble le dire; dans l'application,

(1) Persil, *Régime hypothécaire*, t. I, p. 22 (art. 2095, n° I).
(2) Valette, *Traité des Priviléges*, p. 14, n° 12.

elle donne lieu à de grandes difficultés que nous examinerons plus loin. Pour le moment, il suffit de citer un exemple qui prouve la légitimité de la préférence que la loi accorde au privilége sur l'hypothèque.

L'architecte a un privilége sur l'immeuble auquel il a donné une plus-value par ses travaux. Si des créanciers étaient inscrits sur l'immeuble avant le commencement des travaux, seront-ils primés par ce privilége? L'affirmative n'est point douteuse, puisqu'elle résulte implicitement du texte de la loi, comme nous le dirons plus loin. Pourquoi l'hypothèque est-elle primée par le privilége, quoique l'hypothèque soit antérieure à la créance privilégiée? Il faut d'abord dire en quoi consiste cette préférence. L'architecte n'a de privilége que pour le montant de la plus-value résultant des travaux, plus-value qui est estimée à l'époque de l'aliénation de l'immeuble (art. 27, n° 5). Le droit des créanciers hypothécaires frappe aussi cette plus-value, puisque l'hypothèque acquise s'étend aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué (art. 45). Voilà le conflit. Pourquoi le privilége l'emporte-t-il? Parce que c'est aux travaux du créancier privilégié que la plus-value est due; il a donc enrichi le patrimoine du débiteur par ses travaux, et partant il a procuré une plus grande valeur à l'hypothèque qui grevait l'immeuble; il est juste que le créancier hypothécaire lui tienne compte de cet avantage qu'il retire des travaux, sinon il s'enrichirait aux dépens de l'architecte.

309. Le principe que le privilége dépend de la qualité de la créance détermine aussi le rang des créanciers privilégiés entre eux. Aux termes de l'article 13 (code civil, art. 2096), la préférence entre créanciers privilégiés se règle par les différentes qualités des priviléges. Rien de plus logique. Il y a diverses causes de préférence; nous les avons énumérées sans les épuiser (n° 305). On peut dire que pour chaque privilége il y a une cause spéciale, car il n'y a pas deux créances d'une nature absolument identique. Les causes de préférence variant, l'une peut et doit être plus ou moins favorable que l'autre. On ne peut donc pas mettre sur la même ligne toutes les créances privilégiées; cette égalité serait une faveur pour les unes et une injustice

pour les autres; la justice veut que le privilége dont la qualité est plus favorable l'emporte sur les priviléges dont la qualité l'est moins.

Qui estimera la qualité plus ou moins favorable des priviléges? En principe, ce droit n'appartient qu'au législateur. Il faut dire du rang des priviléges entre eux ce que nous avons dit des priviléges mêmes (n° 306). On ne peut abandonner ni au juge, ni aux parties le soin d'apprécier la faveur relative que méritent les divers priviléges, car ce serait donner au juge ou aux parties le pouvoir de régler la préférence des créances privilégiées; or, le législateur seul a ce pouvoir, car il s'agit d'un intérêt public. Toutefois, en ce point, le code Napoléon présentait des lacunes regrettables : il se borne à déterminer le rang des priviléges généraux sur les meubles entre eux; il garde le silence sur le rang des priviléges spéciaux, ainsi que sur le rang des priviléges généraux et spéciaux entre eux; il ne dit rien du rang des priviléges immobiliers. Dans le silence de la loi, le juge était forcément investi du pouvoir dangereux de fixer le rang des créances privilégiées; de là l'incertitude et l'arbitraire, également funestes quand l'un des créanciers ne peut être favorisé qu'aux dépens de l'autre. La loi nouvelle a comblé la lacune; toutefois elle n'a pas de système complet. Que fera-t-on dans les cas non prévus par la loi? Il va de soi qu'il n'appartient pas aux parties intéressées de déterminer le rang des créances privilégiées; rien ne dépend de leur volonté en matière de priviléges (n° 306). Si le juge intervient là où le législateur seul devrait parler, c'est parce que le juge est obligé de juger quand la loi est muette ou insuffisante. Mais, sous l'empire de la nouvelle loi, les tribunaux auront au moins un guide; ils pourront procéder par voie d'analogie là où il y a même raison de décider.

310. On demande s'il faut tenir compte de la date des priviléges dans l'appréciation de la qualité relative des créances. La négative résulte du texte de la loi; le législateur veut qu'entre créanciers privilégiés la préférence se règle par les différentes *qualités* des priviléges; or, l'ancienneté est étrangère à la nature de la créance, la moins

favorable peut être la plus ancienne : lui donnera-t-on la préférence sur celle qui est née postérieurement, quoique la qualité de celle-ci mérite plus de faveur? Cela serait en contradiction avec l'essence même du privilége, lequel s'estime, non d'après la date où il a pris naissance, mais d'après la qualité de la créance. Un objet mobilier est grevé d'un privilége; la chose a besoin de réparations pour être conservée : le créancier des frais de conservation a un privilége de ce chef; il est le dernier d'après la date, et néanmoins il sera le premier quant au rang, parce qu'il a conservé les priviléges antérieurs qui auraient péri sans ces impenses (art. 22). Ainsi le privilége le plus récent prime tous les créanciers antérieurs, sans que ceux-ci aient le droit de se plaindre de cette apparente faveur; ils sont, au contraire, intéressés à ce que ce privilége soit accordé aux frais de conservation, parce que c'est un moyen de conserver leur propre droit.

311. Il se peut que plusieurs créances privilégiées soient dans le même rang. Ainsi la loi privilégie les fournitures de subsistances (art. 19, 5°). Il y a nécessairement divers fournisseurs, donc plusieurs créances privilégiées ayant la même cause; pour mieux dire, c'est un seul et même privilége exercé par plusieurs. Comment se videra le conflit? La loi décide que les divers créanciers sont payés par concurrence (art. 14; code civil, art. 2097), c'est-à-dire par contribution, si les meubles grevés du privilége ne suffisent pas pour le payement intégral des dettes privilégiées. Pourquoi la loi ne tient-elle pas compte, dans cette hypothèse, de la date des diverses créances? C'est une conséquence du principe que la date est absolument étrangère à la préférence que donne le privilége. Deux médecins soignent successivement le même malade : accordera-t-on une préférence au premier sur le second? La qualité de leurs créances est identique, malgré la différence de temps; elles doivent donc jouir de la même faveur. Si le second était primé par le premier, il risquerait de n'être pas payé; par conséquent, le malade, dans l'esprit de la loi qui privilégie les frais de dernière maladie, risquerait de ne pas obtenir les secours de l'art; pour lui assurer ces secours, elle a

dû mettre sur la même ligne tous ceux qui les donnent (1).

Cela répond à l'objection que l'on fait contre la décision de la loi. Quand le premier privilége, dit-on, a pris naissance, la chose mobilière en est grevée au profit du créancier; et un second créancier ne peut plus acquérir de droit sur la même chose au préjudice du premier (2). L'objection est fondée si l'on ne considère que la réalité du privilége; il faut aussi tenir compte de la cause, qui joue le rôle principal en cette matière; sans cause il n'y a point de privilége, et la cause demande l'égalité des créanciers qui ont un seul et même privilége.

312. « Les priviléges peuvent être sur les meubles et sur les immeubles » (art. 16; code civil, art. 2099). Qu'entend-on, en cette matière, par le mot *meubles?* Il est d'évidence que ce mot n'a pas ici l'acception légale et fictive que lui donne l'article 533, quand il est employé seul dans les dispositions de la loi, car il n'est pas employé seul, puisqu'il est opposé au mot *immeubles;* il comprend donc tout ce qui est meuble, d'après les articles 527 et suivants. Le privilége porte-t-il sur la généralité des meubles, il affecte tout ce qui est meuble par sa nature ou par la détermination de la loi; mais il n'embrasse pas les objets mobiliers de leur nature, qui sont devenus immeubles par incorporation ou destination. Que l'on n'objecte pas le privilége du bailleur qui s'exerce sur les ustensiles aratoires et sur les animaux attachés à la culture, quoique ces choses soient réputées immeubles par destination; elles ne sont immobilières que lorsque le *propriétaire* les attache à la ferme; quand c'est un fermier, elles conservent leur nature mobilière; or, lorsque le bailleur exerce son privilége, il l'exerce naturellement sur les objets dont le fermier a garni le fonds, donc sur des choses mobilières.

Les priviléges sur les immeubles frappent les immeubles par leur nature et les objets mobiliers immobilisés par incorporation ou destination, aussi longtemps que l'immobilisation subsiste. Dès que ces objets reprennent leur nature

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 14, nos 304 et 305. Persil, *Régime hypothécaire*, t. I, p 17, art. 2096, n° 1.
(2) Troplong, *Priviléges et Hypothèques*, n° 86.

mobilière, il ne peut plus être question d'un privilége immobilier.

Tout immeuble ne peut pas être grevé d'un privilége; il faut appliquer, par analogie, au privilége ce que l'article 45 dit de l'hypothèque; car les priviléges, comme nous allons le dire, ne sont que des hypothèques privilégiées. « Sont seuls susceptibles d'hypothèques : 1° les biens immobiliers qui sont dans le commerce; 2° les droits d'usufruit, d'emphytéose et de superficie, pendant la durée de ces droits. » Nous expliquerons cette disposition au chapitre des *Hypothèques*. Il en résulte que les autres droits immobiliers ne peuvent pas être frappés d'un privilége : les droits d'usage et d'habitation, parce qu'ils sont incessibles; les servitudes, parce qu'elles ne se conçoivent pas séparément du fonds, dont elles sont une qualité active ou passive; les actions immobilières, parce qu'elles n'ont pas d'assiette réelle (1).

313. Il y a des différences importantes entre les priviléges mobiliers et les priviléges immobiliers. Nous nous bornons, pour le moment, à les signaler, sauf à y revenir. Les priviléges immobiliers doivent être *conservés*, c'est-à-dire rendus publics par la voie de l'inscription ou de la transcription; à défaut de publicité, ils sont inefficaces, de même que les hypothèques. Il n'en est pas de même des priviléges mobiliers; ils ne doivent pas être rendus publics; par cela seul qu'ils existent, ils produisent leurs effets; il n'y a qu'une exception, d'après la nouvelle loi, nous la signalerons plus loin.

Les priviléges immobiliers donnent au créancier le droit de suite, tandis que les meubles n'ont pas de suite, en droit français (art. 2119; loi hyp., art. 46). Il n'y a d'exception que pour le privilége du bailleur. De là suit que le créancier perd son privilége quand le débiteur aliène les meubles qui en sont grevés. Nous dirons plus loin quels sont les moyens que la loi accorde à quelques créanciers privilégiés pour empêcher la vente.

Les priviléges mobiliers se perdent encore lorsque les

(1) Persil, *Régime hypothécaire*, t. I, p. 55, art. 2099, nos II-VIII; *Questions sur les Priviléges*, p. 1, § I.

objets mobiliers qui en sont frappés changent de nature, ou deviennent immeubles. La loi nouvelle apporte une exception à ce principe en faveur de certains priviléges, comme nous le dirons plus loin.

314. On demande s'il n'y a pas une différence plus radicale. L'article 41 (code civil, art. 2114), qui définit l'hypothèque, dit que c'est un droit réel; tandis que l'article 12, qui définit le privilége, dit simplement que c'est un droit de préférence. En faut-il conclure que les priviléges ne sont pas des droits réels? Il est certain que les priviléges immobiliers sont des droits réels; la loi les met sur la même ligne que les hypothèques, en ce qui concerne les droits des créanciers contre les tiers détenteurs : ils ont le droit de suite (art. 96; code civ., art. 2166). Notre question ne concerne donc que les priviléges mobiliers. On enseigne que ces priviléges ne donnent qu'une préférence purement personnelle (1). Cela est vrai, en ce sens qu'ils n'ont d'effet qu'à l'égard des créanciers chirographaires; ils ne donnent pas le droit de suite. Mais de là on aurait tort d'induire que les priviléges ne sont pas des droits réels. Il suffit qu'un droit existe dans une chose pour qu'il soit réel; or, le privilége n'est pas un droit de créance contre la personne, c'est un droit dans la chose mobilière qui en est grevée. Voilà pourquoi le privilége mobilier s'éteint quand la chose change de nature, ou qu'elle est immobilisée. On objecte que les priviléges mobiliers ne donnent pas le droit de suite. Nous répondons que cela tient, non à l'essence du privilége, mais à la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre; considéré en lui-même, le privilége donne le droit de suite, en ce sens qu'il n'y a pas, dans la nature du privilége mobilier, un obstacle légal à ce qu'il puisse être exercé contre les tiers; ce qui le prouve, c'est qu'il y a un privilége mobilier, celui du bailleur, qui donne le droit de suite. La propriété aussi ne peut être revendiquée contre un tiers possesseur quand il s'agit d'une chose mobilière corporelle; ce qui n'empêche pas la propriété mobilière d'être un droit réel. Il en est de même du privi-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 112, n° 256.

lége mobilier et de l'usufruit mobilier. Nous reviendrons sur les difficultés de la matière en expliquant l'art. 2279.

315. Quant aux priviléges immobiliers, ils ont tous les effets de l'hypothèque; en ce sens, on les appelle des hypothèques privilégiées (1). Le privilége et l'hypothèque ont le même objet; l'article 2094, reproduit par la loi hypothécaire (art. 9), le détermine : ce sont des causes légitimes de préférence. Sous l'empire du code civil, le privilége avait un double rang de préférence, il primait même les hypothèques; tandis que l'hypothèque ne prime que les créances chirographaires (art. 2095). La loi belge a reproduit cette disposition (art. 12), mais elle n'a plus aujourd'hui la portée qu'elle avait d'après le code Napoléon, comme nous le dirons plus loin. Les priviléges immobiliers sont aussi, de même que les hypothèques, des droits immobiliers; l'article 1er de notre loi les assimile, sous ce rapport, aux hypothèques. Ils donnent aussi le droit de suite; à cet égard encore, la loi (art. 96; code civil, article 2166) met les hypothèques et les priviléges sur la même ligne. Les principes essentiels qui caractérisent ces deux droits de préférence leur sont donc communs; partant, ils sont identiques.

Dans le système du code et de la loi nouvelle, les priviléges peuvent perdre leur qualité d'hypothèques *privilégiées* et conserver néanmoins leur qualité d'hypothèques. Telle était la disposition de l'article 2113 : « Toutes créances *privilégiées* soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions prescrites pour conserver le privilége n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires; mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui auront dû être faites, ainsi qu'il sera ci-après expliqué. » Notre loi hypothécaire n'a pas reproduit l'article 2113, mais elle consacre le même principe, comme nous le dirons plus loin, en l'appliquant aux divers cas où le privilége, n'ayant pas été conservé, dégénère en hypothèque.

Les priviléges immobiliers comprenant le droit d'hypo-

(1) Valette, *Des priviléges*, p. 16. Pont, t. I, p. 20, n° 25.

thèque, il s'ensuit que les dispositions du code concernant les hypothèques s'appliquent aux priviléges. L'article 41 (code civil, art. 2114) dit que l'hypothèque est, de sa nature, indivisible. Il en est de même des priviléges, quoique la loi ne le dise point; elle n'avait pas besoin de le dire, puisqu'il est de principe que le privilége est une hypothèque privilégiée. On pourrait objecter que l'indivisibilité est fondée sur l'intention des parties contractantes; ce qui suppose une convention, et le privilége existe en vertu de la loi, indépendamment de la volonté des parties. Nous répondons qu'il y a aussi des hypothèques établies par la loi, et elles sont indivisibles aussi bien que les hypothèques conventionnelles. L'indivisibilité est établie dans l'intérêt du créancier; or, le droit du créancier privilégié est plus favorable que celui du créancier hypothécaire; il y a donc une raison *a fortiori* pour qu'il soit indivisible. Dira-t-on que, les priviléges étant des droits légaux, la loi aurait dû déterminer les caractères qui les distinguent. Cela eût été plus régulier, il est vrai; mais, à la rigueur, cela était inutile, puisque la loi consacre implicitement le principe de l'identité du privilége et de l'hypothèque. Elle ne s'est expliquée que sur le double rang de préférence attaché aux privilégiés, parce que, sous ce rapport, il y avait quelque chose de spécial (1). Toutes les autres dispositions relatives aux hypothèques sont de droit applicables aux priviléges. Aux termes de l'article 2059, « il y a stellionat lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés. » Il a été jugé que cette disposition s'applique aux priviléges, par la raison que le privilége implique et renferme en lui le droit hypothécaire (2).

316. Les priviléges ne sont, en général, soumis à aucune condition de forme quant à leur existence. Ce ne sont pas des actes solennels, comme les hypothèques conventionnelles ou testamentaires; ils dérivent de la loi,

(1) Rejet, section civile, 18 juillet 1819 (Dalloz, au mot *Commissionnaire*, n° 460). Bruxelles, 25 mai 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 132). Martou, t. II, p. 202, n° 559.
(2) Rejet, 14 août 1860 (Dalloz, 1861, 1, 60).

comme l'hypothèque légale. Il suffit donc que la créance privilégiée soit prouvée; et la preuve se fait d'après le droit commun (1). Dans l'application du principe, il faut cependant distinguer entre les priviléges mobiliers et les priviléges immobiliers.

Les priviléges mobiliers s'établissent par la preuve de la créance. Il y a des créances privilégiées que l'usage n'est pas de constater par écrit : tels sont les priviléges généraux sur les meubles, sauf les frais de justice; la preuve se fera par témoins, par l'aveu ou le serment, conformément aux règles établies au titre des *Obligations*. Il y a cependant des exceptions. Le privilége du créancier gagiste, lorsque la créance excède 150 francs, n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé dûment enregistré et contenant les indications prescrites par la loi. Quand il s'agit d'une créance donnée en gage, il faut de plus la signification de l'acte de gage. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre du *Nantissement*.

Le privilége du bailleur ne peut s'exercer pour les années à échoir que lorsque le bail est authentique, ou si, étant sous signature privée, il a une date certaine (article 20, n° 1).

Le privilége du vendeur et celui des frais de conservation subsistent sur les effets mobiliers, après leur immobilisation, à condition que les actes qui les constatent soient transcrits sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce; il faut donc un écrit, mais la loi n'exige pas qu'il soit authentique (art. 20, n° 5).

Les priviléges immobiliers doivent être rendus publics. Il résulte du mode de publicité établi par la loi nouvelle que les créances privilégiées doivent être constatées par des actes authentiques lorsque le privilége se conserve par la transcription, car on n'admet à la transcription que les actes authentiques. Pour le privilége de l'architecte, il faut également des écrits, comme nous l'expliquerons plus loin (art. 27, n° 5).

317. Il a toujours été admis que les priviléges sont de

(1) Tarrible, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Privilége*, sect. I, n° IX, t. XXV, p. 175).

droit étroit et de stricte interprétation. La raison en est que les priviléges sont des exceptions au droit commun, d'après lequel les créanciers ont tous un droit égal sur les biens de leur débiteur (nos 278 et 283). Il en est ainsi de toute cause de préférence. Aux termes de l'article 42 (code civil, art. 2115), l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi. Le législateur seul peut déroger à la loi d'égalité qu'il établit entre les créanciers. De là le principe qu'il n'y a point de privilége sans loi, et que les priviléges établis par la loi sont de stricte interprétation; on ne peut pas les étendre par voie d'analogie. L'argumentation analogique n'est jamais admise dans les dispositions exceptionnelles, parce qu'elle conduirait à créer des exceptions; elle doit surtout être rejetée quand la règle et les exceptions sont d'intérêt général. Il faut que les tiers sachent, en contractant, quels sont leurs droits sur les biens du débiteur; or, ils ne le sauraient pas si le juge pouvait étendre les causes de préférence que la loi crée. La faveur prendrait les couleurs de l'analogie; de là d'inévitables abus qui ruineraient le crédit que la loi a pour objet de consolider. Cette règle d'interprétation est enseignée par tous les auteurs, et elle est consacrée par la jurisprudence (1); nous verrons les applications dans le cours de nos explications.

318. Les priviléges sont ou mobiliers ou immobiliers (no 312). Les priviléges sur les immeubles sont tous spéciaux, ils n'affectent que certains immeubles; la raison en est que la cause de ces priviléges est spéciale. Quant aux priviléges mobiliers, ils sont ou généraux, ou sur certains meubles. Cela ne tient pas, comme on l'a dit, à ce que les premiers méritent une faveur plus grande; si certains priviléges ne portent que sur des meubles particuliers, c'est que la cause est particulière à ces objets, et le privilége ne peut jamais dépasser la cause qui le légitime; et si d'autres priviléges grèvent tous les meubles, c'est qu'il n'y avait aucun motif pour les limiter à certains meubles.

319. La section Ire du chapitre des *Priviléges* est inti-

(1) Duranton, t. XIX, p. 24, no 20. Martou, t. II, p. 11, no 298.

tulée : *Des priviléges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles*. Cela suppose qu'il y en a plusieurs. Il en était ainsi sous l'empire du code civil (n° 308). Tous les priviléges généraux sur les meubles s'étendaient sur les immeubles, en cas d'insuffisance du mobilier (art. 2104 et 2105). La loi nouvelle n'a maintenu ce principe que pour les frais de justice, les autres priviléges généraux sur les meubles ne priment plus les créanciers hypothécaires. Le droit de préférence que le code Napoléon accordait aux priviléges généraux sur les créanciers hypothécaires compromettait les droits des tiers qui contractaient sur la foi d'une garantie réelle ; ils se voyaient primés par un grand nombre de créanciers privilégiés qui absorbaient une partie du prix provenant de la vente des immeubles. Vainement dirait-on que ces créances sont peu considérables et que les créanciers devaient s'y attendre : sans doute chacune des créances privilégiées peut être relativement peu importante, mais, par leur grand nombre, elles atteignaient un chiffre qui ruinait les créanciers hypothécaires, sans que ceux-ci, lors du contrat, fussent en état de prévoir et de calculer le montant des créances qu'on leur opposerait. Or, dès que les créanciers ne peuvent pas compter sur la valeur intégrale des biens qui sont affectés à leur garantie, le but du régime hypothécaire est manqué. Le législateur belge a pensé que mieux valait assurer une garantie complète aux créanciers hypothécaires, dont l'intérêt se confond avec l'intérêt général, que de prodiguer les faveurs à quelques créanciers privilégiés aux dépens de l'intérêt public (1). Toutefois la loi réserve aux créanciers privilégiés un recours sur les deniers provenant de la vente des immeubles après que les créanciers hypothécaires sont désintéressés ; dans ce cas, les créanciers privilégiés ne sont plus en conflit qu'avec les créanciers chirographaires ; à leur égard, ils méritent la préférence, et le législateur peut la leur donner sans compromettre l'intérêt public (2). Nous reviendrons sur cette dernière disposition de l'article 19.

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 31). Rapport de Lelièvre (Parent, p. 34).
(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 22, n° 313.

320. Le code Napoléon ne prévoit pas tous les priviléges. Aux termes de l'article 15 (code civil, art. 2098), « le privilége à raison des droits du trésor public, et l'ordre dans lequel il s'exerce, sont réglés par les lois qui les concernent. » Il ne s'agit pas seulement d'un privilége ; si le code parle au singulier, c'est que les divers priviléges que les lois accordent au fisc ont tous une même cause, l'intérêt des revenus publics ; mais le nombre de ces priviléges est assez considérable. Pourquoi les auteurs du code ne les ont-ils pas compris dans le travail de codification qui avait pour but de donner de la certitude au droit et de coordonner toutes les dispositions législatives dans un seul corps de lois? Les lois fiscales sont des lois administratives, et, comme telles, sujettes à varier ; tandis que les lois civiles sont faites dans un esprit de perpétuité. Il était difficile de faire un ensemble des dispositions d'une nature diverse qui établissent des priviléges au profit du fisc ; c'est l'œuvre de la doctrine ; encore la doctrine, en cette matière, doit-elle sans cesse être refaite. Notre travail est étranger aux matières qui n'appartiennent pas au droit civil proprement dit ; toutefois, pour l'utilité de nos lecteurs, nous exposerons, dans une annexe, l'état actuel de la législation sur les priviléges du fisc.

Le deuxième alinéa de l'article 15 donne lieu à une difficulté. Il est ainsi conçu : « Le trésor public ne peut cependant *obtenir* de privilége au préjudice des droits *antérieurement acquis à des tiers*. » Cela veut-il dire que les priviléges du trésor ne priment pas les hypothèques antérieures? Non ; en principe, les priviléges du fisc sont les plus favorables des priviléges, puisqu'ils constituent un droit social et, par conséquent, d'intérêt public. Il n'y avait donc aucune raison de faire une différence entre les priviléges du fisc et ceux des particuliers ; si ceux-ci priment les hypothèques, il en doit être de même des autres. Tous les priviléges, en un mot, doivent être sur la même ligne. Reste à voir si le texte est en harmonie avec ces principes. La loi dit que le trésor ne peut *obtenir* de privilége au préjudice de *droits acquis*. Ce mot *obtenir* se rapporte à l'*acquisition* d'un privilége ; et comment le trésor acquiert-il un droit de préfé-

rence? Par la loi. Le texte suppose donc qu'un privilége est accordé au trésor par une loi nouvelle. Dans ce cas, naît la question de savoir si ce nouveau privilége primera les hypothèques antérieures. La loi décide donc une question de rétroactivité; c'est ce qu'indique encore l'expression de *droits acquis,* car le principe de la non-rétroactivité des lois ne signifie pas autre chose, sinon que les lois nouvelles ne peuvent pas porter atteinte à des droits acquis sous l'empire de la loi ancienne. En définitive, l'article 15 ne fait qu'appliquer le principe de l'article 2 aux lois qui établissent les priviléges. On dira que, ainsi interprétée, cette disposition est inutile. Cela est vrai; mais ce n'est pas une raison pour faire dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit. C'est l'opinion de tous les auteurs(1), et la jurisprudence est dans le même sens (2).

321. Il y a encore des priviléges qu'on peut appeler maritimes, puisqu'ils appartiennent au droit maritime. Aux termes des articles 190 et suivants du code de commerce, les navires et les bâtiments de mer peuvent être l'objet de priviléges. La loi hypothécaire contient, à cet égard, la disposition suivante : « Il n'est rien innové par le présent code aux dispositions des lois maritimes concernant les navires et bâtiments de mer. » Cette matière appartient au droit commercial.

SECTION II. — Des priviléges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles.

§ Ier. *Qu'entend-on par frais de justice?*

322. L'article 17 porte : « Les frais de justice sont privilégiés sur les meubles et les immeubles, à l'égard de tous les créanciers dans l'intérêt desquels ils ont été faits. » Qu'entend-on par *frais de justice?* La loi ne les définit pas, et, dans l'application, il se présente de nombreuses difficultés. Il nous faut chercher avant tout un principe qui

(1) Martou, t. II, p. 18, n° 309. Pont, t. I, p. 23, n° 29.
(2) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges,* n° 534, 1° et 2°.

serve à les décider. On lit dans un arrêt de la cour d'Aix que « le code laisse au juge à définir la nature des frais de justice qui profitent aux créanciers, et doivent, dès lors, avoir sur eux privilége (1). » Le code Napoléon était plus vague que la loi belge; il disait simplement que les *frais de justice* étaient privilégiés, et il leur accordait le premier rang parmi les priviléges mobiliers et immobiliers (articles 2101, 1°, 2104 et 2105). Notre loi hypothécaire ajoute une restriction qui nous met sur la voie pour définir les frais de justice auxquels la loi donne un privilége; ils le sont, dit l'article 17, à l'égard de tous les créanciers *dans l'intérêt desquels ils ont été faits.* » Cela implique que les frais de justice sont faits par plusieurs créanciers, ou au moins dans l'intérêt de plusieurs d'entre eux; et c'est à l'égard de ces créanciers que les frais de justice jouissent d'un privilége. L'article 17, qui énumère les créances privilégiées sur la généralité des meubles, est conçu dans le même sens : il place au premier rang les frais de justice faits dans l'*intérêt commun des créanciers;* ainsi, pour que le créancier des frais de justice puisse se faire payer par préférence à tous les créanciers qui sont colloqués dans la masse mobilière, il faut que les frais aient été faits dans l'intérêt de tous les créanciers. Voilà un premier caractère des frais de justice; ils ne sont privilégiés que s'ils sont faits dans un intérêt commun.

Faut-il aussi que les frais soient faits dans le cours d'une instance judiciaire? L'expression *frais de justice* pourrait le faire croire, mais on doit entendre cette expression dans le sens spécial que lui donne la matière des priviléges. Quand est-il question de priviléges? Lorsqu'il y a concours de créanciers, les biens du débiteur ne suffisant pas pour payer ses dettes. Que doivent faire, dans ce cas, les créanciers? Ils sont obligés de vendre les biens de leur débiteur pour s'en distribuer le prix par contribution ou par voie d'ordre. Cela se fait dans une procédure judiciaire. En ce sens, tous les frais que les créanciers doivent faire pour réaliser le gage qu'ils ont dans les biens de leur débiteur

(1) Aix, 12 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 138

sont des frais de justice, car c'est le recours des créanciers aux voies judiciaires qui nécessite ces frais. Peu importe qu'ils soient faits en justice ou hors justice; toute la procédure est judiciaire, sans qu'il y ait un procès proprement dit, car la saisie et la vente ne sont pas des procès.

La tradition confirme ce que le texte suppose. On lit dans un ouvrage qui résume les notions traditionnelles de droit, le Dictionnaire de Ferrière : « Les frais de justice sont les frais qui ont pour objet la conservation de la chose au profit du propriétaire, du créancier ou de tout autre qui y a droit ou intérêt. Les frais de scellé, d'inventaire, de vente ou d'ordre et de discussion de meubles ou immeubles et autres sont frais de justice. » Cette définition ne brille pas par la précision; l'ancien droit était, de sa nature, vague et indécis, parce qu'il n'avait pas pour fondement des textes. Mais Ferrière nous apprend au moins une chose, c'est que par frais de justice on entendait non-seulement les frais faits en justice, mais aussi des frais extrajudiciaires, tels que ceux de scellés et inventaire, que l'auteur place, et avec raison, en première ligne, car le plus grand intérêt des créanciers est la conservation des biens. Les débiteurs insolvables sont tentés de soustraire leurs biens à l'action des créanciers, ou à avantager les uns au préjudice des autres; il faut donc s'assurer avant tout que les biens qui forment le gage commun des créanciers ne leur échappent point. Cela se fait par l'apposition des scellés et l'inventaire, frais extrajudiciaires, et néanmoins frais de justice, puisque ce sont les premiers frais que les créanciers sont obligés de faire quand ils ont recours aux voies judiciaires contre leur débiteur.

Le code civil a-t-il consacré la tradition? Cela n'est pas douteux. Grenier dit, dans son rapport au Tribunat : « De tout temps ces sortes de créances ont obtenu le privilége. Les frais de justice, qui sont ceux de scellés, inventaire et vente, ont pour objet la conservation et la liquidation de la chose (1). » Cette définition est encore plus incomplète que

(1) Grenier, Rapport, n° 2 (Locré, t. VIII, p. 257). Comparez Martou, t. II, p. 24, n° 316; Pont, t. I, p. 49, n° 69.

celle de Ferrière ; elle ne parle pas des frais d'ordre, parmi lesquels il faut aussi comprendre ceux de distribution ; mais elle confirme la signification très-large que l'on attribue aux mots *frais de justice* en matière de priviléges. Enfin le texte de la loi lève tout doute. Il y a d'autres frais extrajudiciaires que les frais de scellés et inventaire : telles sont les dépenses que nécessite l'administration de la faillite. Le code de commerce dit que ces frais sont distraits de l'actif mobilier ; c'est dire qu'ils sont payés par préférence aux créanciers entre lesquels l'actif est réparti, après que les frais sont prélevés (code de com. de 1808, art. 558).

323. Maintenant on comprendra pourquoi et en quel sens les frais de justice sont privilégiés. Les termes dont les lois se servent pour marquer l'exercice du privilége des frais de justice sont très-significatifs : ils sont *déduits*, *prélevés*, *distraits* sur les deniers qui composent l'actif (code de proc., art. 657, 662 ; code de com., art. 558). En réalité, le créancier des frais de justice ne concourt pas avec les autres créanciers, il n'est pas en conflit avec eux ; ce sont les créanciers eux-mêmes qui payent les frais qu'ils ont dû faire pour conserver le gage commun, pour le vendre et pour s'en distribuer le prix ; il est naturel que celui qui fait les frais les paye ; or, les frais de justice sont faits par les créanciers, quand même ils ne figurent pas tous dans les actes qui y donnent lieu. Tous n'interviennent pas pour requérir l'apposition des scellés ; il suffit qu'ils y aient intérêt pour qu'ils doivent les supporter, car sans ces frais leur gage risquerait de périr ; c'est donc grâce à ces frais qu'ils reçoivent le payement auquel ils ont droit. Si l'on veut donner le nom de *privilége* à cette déduction des frais, c'est certes le plus légitime des priviléges ; voilà pourquoi il a la première place parmi les créances privilégiées.

324. Le principe est donc que tous les frais faits pour la conservation, la liquidation, la distribution du gage commun des créanciers et dans leur intérêt commun sont privilégiés, qu'ils soient faits en justice ou hors justice. Par contre, ne sont pas privilégiés, quoique faits en jus-

tice, les frais que l'un des créanciers fait dans son seul intérêt. Tels sont les *dépens*, c'est-à-dire les frais qu'un particulier expose contre un autre particulier pour faire juger un différend qui existe entre eux. C'est la définition de Tarrible dans son *Traité des priviléges*, un des plus anciens et un des meilleurs. Les dépens, dit-il, forment l'objet d'une créance particulière, que le jugement met à la charge de la partie qui succombe et qui ne jouit d'aucun privilége (1). Par exemple, les frais que l'un des créanciers fait pour acquérir un titre exécutoire, ou pour repousser les contestations dont sa demande est l'objet; le but même de l'action prouve que les frais ne sont faits que dans l'intérêt particulier du créancier; donc il ne peut être question du privilége des frais de justice (2). On prétend cependant que les dépens doivent être considérés comme l'accessoire de la créance, et sont, par conséquent, privilégiés, si la créance principale est privilégiée : ce ne serait pas le privilége des frais de justice, le premier en rang, ce serait le privilége attaché à la créance principale, ayant le rang que la loi accorde à celle-ci. La question est controversée; nous y reviendrons.

325. Il reste une difficulté concernant le principe. Les frais de conservation sont des frais de justice. Ne faut-il entendre par là que les frais de scellés et d'inventaire? Ce sont des exemples, mais le principe ne doit pas être limité aux applications que l'on en fait. Si des frais sont faits en justice pour augmenter le patrimoine du débiteur, ou pour empêcher qu'il ne soit diminué, ces frais seront privilégiés à titre de frais de conservation. Cela n'est pas douteux; mais il y a une condition qu'il ne faut jamais perdre de vue en cette matière, c'est que les frais doivent être faits dans l'intérêt des créanciers. L'un des créanciers attaque un acte par l'action paulienne, et fait rentrer dans la masse un bien aliéné par le débiteur; les frais qu'il aura faits seront privilégiés, puisqu'ils tendent à conserver le gage

(1) Tarrible, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Privilége*, sect. III, § I, nº II (t. XXV, p. 188 et suiv.).

(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 25, nº 316. Pont, t. I, p. 48, nº 67, et les arrêts qu'il cite. Il faut ajouter Liége, 8 mars 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 355).

commun des créanciers (1). La question devient douteuse quand c'est le débiteur qui agit pour conserver son patrimoine, en demandant, par exemple, la nullité d'une convention pour cause de vice de consentement. Il a été jugé que ces frais ne sont pas privilégiés (2), et nous croyons que la décision est fondée sur la rigueur des principes. Il y a une différence essentielle entre l'action formée par les créanciers et celle que forme le débiteur. Les créanciers ne peuvent intenter l'action paulienne que lorsque l'acte frauduleux entraîne l'insolvabilité du débiteur ou l'augmente; il est donc certain que cette action a pour objet l'intérêt commun des créanciers, ce qui est décisif; tandis que le débiteur agit avant tout dans son intérêt personnel, sans que l'on puisse dire que l'intérêt des créanciers est engagé dans le débat. La question de savoir si des frais de justice sont privilégiés ne s'élève que dans le cas où le débiteur est insolvable. Quand il agit à une époque où il est solvable, l'intérêt de ses créanciers n'est pas en cause : que leur importe que le débiteur soit plus ou moins riche? Sans doute le débiteur solvable lors du procès peut devenir insolvable plus tard; mais cet intérêt éloigné que les créanciers ont à tout procès soutenu par leur débiteur ne suffit pas pour que les frais soient privilégiés. Le privilége naît avec la créance; or, quand le débiteur agit, les frais ne sont pas privilégiés; dès lors ils ne peuvent pas le devenir plus tard.

326. La cour de cassation a appliqué ce principe aux frais extrajudiciaires. Un séquestre fait des travaux de plantation et de culture à une sucrerie : ces dépenses sont-elles des frais privilégiés? Dans une première espèce, la cour de cassation a décidé la question négativement; il s'agissait de travaux exécutés en vertu d'une convention

(1) Bordeaux, 28 mai 1832 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 144). Comparez Bourges, 9 juillet 1846 (Dalloz, 1846, 4, 423). Pont, t. I, p. 47, n° 67).

(2) Douai, 16 juillet 1847 (*Journal du Palais*, 1847, 2, 61). Dans le même sens, un jugement du tribunal de commerce de Bruxelles, du 29 janvier 1877 (*Pasicrisie*, 1877, 3, 167). Comparez Martou, t. II, p. 24, n° 316. Il y a un arrêt en sens contraire de la cour d'Aix, 12 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 138) sans autre motif que le prétendu pouvoir discrétionnaire du juge.

intervenue avec le propriétaire longtemps avant la constitution du séquestre; lors du contrat, ces dépenses ne constituaient certes pas des frais faits dans l'intérêt des créanciers; dès lors ils ne pouvaient le devenir plus tard, par la circonstance accidentelle que les travaux avaient été faits pendant l'administration du séquestre. Le juge du fait avait constaté de plus que les travaux n'étaient d'aucune utilité pour les créanciers hypothécaires inscrits sur la sucrerie; sous aucun rapport, on ne pouvait donc dire qu'ils avaient été entrepris dans leur intérêt. La conséquence était évidente, on ne pouvait réclamer le privilége que la loi n'accorde que pour des frais faits dans un intérêt commun (1).

Dans une autre espèce, il intervint une décision différente parce que les faits différaient. Il s'agissait de dépenses faites par un séquestre nommé par justice, du consentement de tous les créanciers, notamment des créanciers hypothécaires; ces dépenses ayant eu pour résultat de conserver et d'utiliser le gage commun de tous les créanciers, avaient par cela même le caractère de frais faits dans l'intérêt de tous les créanciers; donc ils étaient privilégiés (2).

327. Le principe que les *dépens* faits par un créancier contre le débiteur, dans l'intérêt de sa créance, ne sont pas privilégiés, est-il applicable quand l'action est formée contre la masse des créanciers, représentée par l'héritier bénéficiaire, le curateur à une succession vacante ou le syndic d'une faillite? Dans la pratique, on considère ces frais comme dus par la masse, et l'on en admet le prélèvement. Cette pratique se justifie par les principes que nous venons d'exposer. Quand la demande est formée par un créancier contre le débiteur, il n'y a que des intérêts particuliers en cause; le créancier n'agit certes pas dans l'intérêt des autres créanciers, et le débiteur défend dans son propre intérêt. Mais quand la masse des créanciers est en cause, il ne s'agit plus d'un intérêt individuel; l'intérêt de tous est engagé dans le débat : la masse défenderesse veut écarter un créancier dont le concours viendrait diminuer le gage com-

(1) Cassation, 15 mars 1875 (Dalloz, 1875, 1, 273).
(2) Rejet, chambre civile, 29 juin 1875 (Dalloz, 1875, 1, 471).

mun; en ce sens, les frais ont pour objet de conserver le gage de tous. Peu importe, après cela, qui l'emporte; ce n'est pas l'issue du procès qu'il faut considérer, c'est l'objet de la demande (1).

328. Le privilége des frais de justice diffère beaucoup des autres priviléges. Ceux-ci donnent au créancier une préférence absolue à l'égard de tous ceux qui concourent sur les biens du débiteur. Les frais de justice, au contraire, ne donnent au créancier privilégié qu'une préférence relative à l'égard de ceux dans l'intérêt desquels ils ont été faits : ce sont les termes de l'article 17. Et si l'article 19 dit que les frais de justice sont privilégiés sur la généralité des meubles, et leur assigne le premier rang à l'égard de tous les autres créanciers, c'est qu'il suppose, comme le texte le dit, que les frais ont été faits dans l'intérêt commun des créanciers. Le caractère relatif du privilége des frais de justice résulte de la nature même du privilége et du motif sur lequel il est fondé. Ce privilége n'est autre chose que l'obligation qui incombe aux créanciers de supporter les frais qu'ils font ou que l'on fait dans leur intérêt. Or, tous les frais ne se font pas nécessairement dans l'intérêt de tous les créanciers; et s'il est juste que ceux que les frais intéressent les payent, il serait de toute injustice de les mettre à charge des créanciers qui n'y sont pas intéressés.

Le privilége des frais de justice a encore un caractère relatif en ce qui concerne les biens sur lesquels il s'exerce. D'après les termes de l'article 17, on pourrait croire qu'il s'exerce sur tous les biens meubles et immeubles; mais il faut entendre cette disposition dans le sens de l'article 19, c'est-à-dire que le privilége porte sur tous les biens, quand tous les créanciers sont intéressés aux frais; mais s'il y a des créanciers qui ont un privilége sur des biens pour lesquels les frais n'ont pas été faits, les frais de justice ne pourront pas être prélevés sur ces biens, car ce serait les prélever sur un créancier à l'égard duquel les frais ne sont pas privilégiés (2).

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 128, note 5, § 260.

(2) Martou, t. II, p. 26, n° 318. Aubry et Rau, t. III, p. 128 et suiv., § 260. Pont, t. I, p. 48 et 49, n°s 67 et 68.

La jurisprudence s'était déjà prononcée en ce sens sous l'empire du code civil, bien que le texte parlât en termes généraux des frais de justice. Ces frais sont ceux, disait la cour de cassation, qui ont été faits dans l'intérêt des parties sur lesquelles la préférence doit avoir lieu (1). La cour ajoute que la restriction est consacrée par l'article 662 du code de procédure. Lorsque les meubles d'un locataire ont été saisis et vendus à la requête de ses créanciers, les frais qui sont faits pour la distribution du prix de vente sont prélevés par privilége *avant toute créance autre que celle pour loyers dus au propriétaire*. Ainsi les frais de distribution ne sont pas privilégiés à l'égard du bailleur. Pourquoi? Parce que le bailleur n'y a aucun intérêt. En effet, l'article 661 lui permet de faire statuer sur son privilége par simple procédure de référé et avant toute procédure de distribution par contribution; les frais faits pour opérer cette distribution lui sont donc étrangers, et, par suite, ils ne sauraient être privilégiés à son égard. Mais cela n'est vrai, comme le dit la cour de Rouen, que pour les *frais de distribution*. Quant aux frais faits pour la conservation et la réalisation du gage, ils sont communs au propriétaire; donc il doit aider à les supporter; par conséquent, ils sont privilégiés à son égard (2). Nous verrons plus loin d'autres applications du principe.

§ II. *Application du principe.*

N° 1. FRAIS DE SCELLÉS ET D'INVENTAIRE.

329. Les frais de scellés, de garde et d'inventaire ont toujours été considérés comme frais de justice, et privilégiés à ce titre. Et comme tous les créanciers sont intéressés à ce que les biens du débiteur soient conservés, les frais qui tendent à conserver leur gage sont, en général, privilégiés à l'égard de tous. Nous disons en général, car

(1) Rejet, section civile, 20 août 1821 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 603).
(2) Rouen, 30 janvier 1851 (Dalloz, 1852, 2, 37). Voyez une autre application du même principe, dans un arrêt de cassation du 26 juillet 1848 (Dalloz, 1849, 1, 328).

il n'y a rien d'absolu en cette matière. L'arrêt de la cour de Rouen, que nous venons de citer (p. 372, note 2), décide que les frais de conservation sont privilégiés à l'égard du bailleur; il faut ajouter la condition : s'il en profite. Mais le propriétaire a des voies plus expéditives d'empêcher le divertissement des meubles, c'est la saisie-gagerie et la saisie-revendication; s'il y recourt, les frais de scellés et d'inventaire lui deviennent étrangers, et partant il ne doit pas les supporter (1). Le bailleur peut aussi, comme tout créancier, requérir l'apposition des scellés; il va de soi que, dans ce cas, les frais sont privilégiés à son égard, car on peut lui appliquer à la lettre la règle qui domine cette matière, à savoir que le créancier qui fait des frais doit les supporter (2).

330. Les frais de scellés sont-ils privilégiés à l'égard des créanciers hypothécaires? En principe, non; les scellés conservent le mobilier et les créanciers hypothécaires exercent leur droit sur les immeubles. On objecte que les créanciers hypothécaires ont intérêt à la conservation du mobilier, d'abord parce qu'il peut y avoir des titres qui établissent les droits de propriété du débiteur sur les immeubles affectés à l'acquittement de leurs créances; ensuite parce qu'ils ont un recours subsidiaire sur la masse mobilière, en cas d'insuffisance des biens hypothéqués (3). Quant aux titres, il faudrait supposer qu'il y en a; il faut supposer de plus que la propriété est contestée. Si ces deux conditions se rencontrent, le créancier hypothécaire devra concourir au payement des frais; mais cela est une rare exception; et l'on ne peut pas, à raison d'un intérêt purement éventuel, poser comme règle que les frais sont privilégiés à l'égard des créanciers, alors que, presque toujours, ces frais leur sont inutiles. Il en est de même du recours subsidiaire que les créanciers exercent sur les meubles; ce n'est pas un motif pour privilégier les frais de scellés sur les biens immeubles affectés à l'hypothèque; cela est d'évidence; que si les

(1) Martou, t. II, p. 27, n° 322, et les autorités qu'il cite. Comparez Troplong, n° 124.
(2) Paris, 27 mars 1824 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 169).
(3) Duranton, t. XIX, p. 42, n° 40. Troplong, n° 131.

créanciers concourent réellement sur la masse mobilière, ils doivent par cela même contribuer au payement des frais de scellés, puisque ces frais se prélèvent sur la masse (1). La cour de Paris objecte que les frais de justice sont privilégiés sur les immeubles; sans doute, mais avec cette distinction qu'ils ne peuvent être prélevés sur le prix des immeubles dans l'intérêt desquels ils n'ont pas été faits.

330 *bis*. L'application de ces principes a donné lieu à une difficulté qui a été portée devant la cour de cassation de Belgique. Après la mort d'un commerçant, sa veuve fit procéder à un inventaire pour la conservation *de ses droits et de tous autres*. Postérieurement le défunt fut déclaré en faillite. Le notaire réclama le privilége pour les frais d'inventaire. Opposition du curateur. Le tribunal de commerce décida que les frais n'étaient pas privilégiés, attendu que l'inventaire avait été dressé dans l'intérêt personnel de la veuve, légataire universelle, pour sauvegarder ses droits; quant aux créanciers, on ne pouvait pas dire qu'ils eussent intérêt à l'inventaire, car il n'était pas nécessaire pour l'exercice de leurs droits. Sur le pourvoi, le jugement a été cassé. Il importe de constater les motifs. L'inventaire avait été dressé le 27 juin 1874, et la faillite ne fut déclarée que le 4 août suivant. Pour voir si les créanciers avaient intérêt ou non à l'inventaire, il faut faire abstraction de la déclaration de faillite, qui, postérieure à l'inventaire, n'a pas pu modifier le caractère des frais. Or, l'inventaire fait après le décès d'un commerçant intéresse tous ceux qui ont un droit à exercer sur les valeurs mobilières qu'il délaisse; donc les créanciers étaient intéressés aux frais de l'inventaire, bien que le notaire y eût procédé à la requête de la veuve. Il suit de là que, lors de la confection de l'inventaire, les frais étaient privilégiés. Pouvaient-ils perdre ce caractère par la déclaration de faillite? Le notaire avait un droit acquis à être payé par préférence aux autres créanciers; ce droit ne pouvait plus lui être enlevé. Cela suppose que le privilége est un droit réel, et affecte, à ce titre, les biens qui en sont grevés. C'est ce que la cour dit implicite-

(1) Paris, 28 janvier 1812 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 210).

ment, en ajoutant « que les biens inventoriés se sont trouvés dans la masse faillie avec le droit de privilége qui les frappait au profit du notaire instrumentant » (1).

N° 2. FRAIS DE SAISIE ET DE VENTE.

331. On distingue les frais ordinaires et les frais extraordinaires. Les premiers sont ceux qui doivent être faits pour réaliser le gage commun des créanciers. Ils sont plus nécessaires que les frais de conservation, ceux-ci ne l'étant qu'à raison de la mauvaise foi du débiteur, ce qui est l'exception; tandis que l'on ne conçoit pas la distribution du gage entre les créanciers sans que les biens soient vendus. Donc tous les créanciers, sans distinction, doivent supporter ces frais.

332. Quant aux frais extraordinaires, la loi du 15 août 1854 sur l'expropriation porte qu'ils seront payés par privilége sur le prix lorsqu'il en aura été ainsi ordonné par le juge. Voilà un cas dans lequel le juge jouit d'un pouvoir discrétionnaire; l'existence même du privilége dépend de sa décision. Cela n'est pas dans l'esprit de la loi; c'est le législateur, et non l'interprète, qui confère le privilége; tandis que, dans l'espèce, la loi dit bien que les frais de justice sont privilégiés, mais elle permet au juge de décider que les frais extraordinaires ne sont pas des frais privilégiés. Quelle est la raison de cette disposition exceptionnelle? On entend par frais extraordinaires ceux qui se font dans les contestations suscitées, soit par le saisi, soit par un créancier. En principe, ces frais doivent jouir d'un privilége, s'ils sont faits dans l'intérêt commun des créanciers. Mais comment savoir s'il en est ainsi? Le saisi peut avoir un tout autre mobile, celui de retarder la vente, dans l'espoir de se procurer des ressources; parfois il a un motif moins louable, celui d'entraver la saisie par des chicanes. Quand ce sont des créanciers qui contestent les droits d'un autre créancier, on pourrait croire qu'ils agissent toujours dans l'intérêt de la masse; mais ils peuvent aussi être

(1) Cassation, 30 décembre 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 1, 47).

inspirés par de mauvaises passions; en tout cas, il ne fallait pas les encourager à contester à tort et à travers, en mettant à charge de la masse tous les frais qu'ils feront. Comme il n'y avait pas moyen de décider *a priori* ces difficultés de fait, la loi a dû s'en rapporter au juge. Ce n'est pas à dire que le juge ait un pouvoir arbitraire; il doit se conformer à l'esprit de la loi, en examinant si les frais sont faits ou non dans l'intérêt commun des créanciers; peut-être le législateur aurait-il bien fait de le dire (1).

Que faut-il décider des frais extraordinaires qui se font dans la procédure de saisie mobilière? Martou répond qu'on reconnaît généralement le même pouvoir au juge, parce qu'il y a même raison. Cela est vrai; mais peut-on argumenter par analogie en matière d'exception? C'est une difficulté de théorie, car si l'on refuse au juge le pouvoir d'appréciation en vertu de la loi de 1854, il l'exercera en vertu de la loi hypothécaire et du code civil. En effet, la seule condition que la loi exige pour que des frais de justice soient privilégiés, c'est qu'ils aient été faits dans l'intérêt commun des créanciers; or, c'est au juge de décider si les frais intéressent tous les créanciers; la question est de fait plus que de droit, et par cela même le juge du fait a un pouvoir d'appréciation.

N° 3. FRAIS DE DISTRIBUTION ET D'ORDRE.

333. L'article 662 du code de procédure porte que les frais de poursuite seront prélevés par privilége. Quels sont ces frais de poursuite? La rubrique du titre XI nous le dit : il s'agit de la distribution par contribution. Ces frais intéressent tous les créanciers, puisqu'ils ne peuvent pas être payés tant que la distribution n'est point réglée.

334. Cela est sans difficulté pour les frais ordinaires. Que faut-il décider des frais extraordinaires auxquels donnent lieu les contestations des créanciers entre eux? Il faut appliquer le principe général qui gouverne la matière. Les

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 31, n° 329.

contestations concernent-elles l'intérêt particulier des parties qui sont en cause, il ne peut être question de privilége; il n'y a que les frais qui intéressent tous les créanciers qui soient privilégiés. Qui décidera s'il y a un intérêt commun? Le juge, d'après ce que nous venons de dire (n° 332).

335. La contestation est élevée contre un créancier dont le demandeur veut faire réduire ou rejeter la créance; il obtient gain de cause; la partie qui succombe est condamnée aux frais : ces frais sont-ils privilégiés? On s'accorde à décider que ce ne sont pas des frais privilégiés. Cela n'est-il pas trop absolu? Si les frais extraordinaires, en matière de saisie et de vente, peuvent être mis à charge de la masse (n° 332), pourquoi n'en serait-il pas de même des frais en matière de distribution? N'est-ce pas un intérêt commun que d'écarter un créancier dont le droit n'est pas établi? Il en serait autrement si l'un des créanciers contestait le rang de l'autre, et si la contestation n'intéresse que les deux parties qui sont en cause : l'intérêt n'étant pas commun, il ne peut être question de privilége (1).

336. En supposant que les frais ne soient pas privilégiés, ne faut-il pas admettre du moins que, si la créance est privilégiée, les frais participent au rang de la créance principale? L'affirmative est consacrée par la jurisprudence, et telle est aussi l'opinion commune des auteurs. Cela est douteux. Il n'y a point de privilége sans texte : et où est le texte qui déclare privilégiés les dépens qu'un créancier fait pour obtenir une préférence à l'égard des autres? Ce ne sont pas des frais de justice, et la loi ne privilégie pas d'autres frais. Dire que les frais sont privilégiés à titre d'accessoire, c'est dépasser la loi; les vrais accessoires d'une créance, ce sont les intérêts, parce qu'il est de la nature des créances de produire des intérêts; et l'on ne dira certes pas qu'il est de la nature des créances privilégiées d'engendrer des procès. Ce n'est que par accident qu'il s'élève des contestations sur l'existence d'un privilége; si la question n'intéresse que les parties plaidantes, il ne peut

(1) Voyez une application du principe dans un arrêt de la cour de Paris, du 5 mars 1872 (Dalloz, 1873, 2, 183).

s'agir de privilégier les frais; on reste sous l'empire du droit commun (1).

Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en sens contraire (2). La cour dit très-bien que les intérêts d'une créance en forment l'accessoire et sont de même nature. On opposait l'article 87 de la loi de 1851, qui n'admet la collocation des créanciers privilégiés que pour trois années d'intérêts. La cour répond, et en cela encore elle a raison, que cette disposition déroge au droit du créancier inscrit sur un immeuble dans l'intérêt des tiers; mais la loi ne restreint pas le droit du créancier privilégié sur les meubles; ce qui décide la question en sa faveur. Mais la cour a tort, à notre avis, quand elle ajoute qu'il en est de même des frais de justice; dire que ces frais sont un accessoire de la créance principale, c'est faire une affirmation, et affirmer n'est pas prouver.

337. On suit les mêmes principes pour la procédure de l'*ordre*. Aux termes de l'article 759 du code de procédure, le juge-commissaire liquide les frais de poursuite et de radiation, et ces frais sont colloqués par préférence à toute autre créance. La raison en est la même que celle que nous avons donnée pour les frais de contribution : les créanciers hypothécaires ne peuvent être payés que lorsque l'ordre dans lequel ils doivent recevoir leur payement est réglé; c'est donc une dépense nécessaire et qui se fait dans leur intérêt; partant, les frais sont privilégiés.

Il peut s'élever des contestations sur le procès-verbal du juge-commissaire. Ces frais extraordinaires seront-ils privilégiés? Le code de procédure contient, à cet égard, des dispositions spéciales (art. 760 et 768), auxquelles nous renvoyons, cette matière concernant la procédure plus que le droit civil (3).

(1) Martou, t. II, p. 34, n° 331. En sens contraire, Duranton, t. XIX, p. 43, n° 42. Persil, *Régime hypothécaire*, t. I, p. 62 (art. 2101, n° I).
(2) Bruxelles, 26 novembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 129).
(3) Voyez Martou, *Commentaire*, t. II, p. 36, n°s 334 et 335.

N° 4. DES FRAIS DE PARTAGE.

338. Le partage d'une succession, d'une communauté, d'une société donne lieu à des frais. On demande si ces frais sont privilégiés. Oui, si ce sont des frais de justice, c'est-à-dire s'ils se font dans un intérêt commun pour liquider les biens communs. Le principe n'est pas contesté, il est écrit dans la loi; l'application a donné lieu à des difficultés.

339. Un arrêté royal érige en église paroissiale une ancienne chapelle, supprimée pendant la révolution française et dont tous les biens avaient été réunis à ceux d'une autre église. De là une instance en partage des biens. La fabrique défenderesse soutint qu'il n'y avait pas lieu de partager les biens acquis durant la réunion des deux églises. Est-ce que les frais de cette instance étaient des frais de justice à charge de la masse? Non, dit la cour de Bruxelles, et avec raison; en effet, il ne s'agissait pas d'opérations du partage faites dans un intérêt commun, le droit au partage était contesté, et il l'était dans l'intérêt de l'une des parties plaidantes; c'étaient donc des dépens à charge de celle des parties qui succombait (n° 324) (1).

340. Pour qu'il y ait privilége, il faut que les frais soient faits dans un intérêt commun. Les copartageants ont un intérêt commun quand il s'agit d'opérations qui ont mis fin à l'indivision. Il arrive souvent que les créanciers des copartageants demandent le partage ou y interviennent; dans ce cas, ils sont également parties intéressées, et, par suite, les frais sont privilégiés à leur égard. En effet, d'après la loi du 15 août 1854, sur l'expropriation forcée (art. 2, § 1er), les créanciers des copartageants ne peuvent pas saisir les parts indivises avant le partage ou la licitation; ils sont donc intéressés à ce que l'indivision cesse, puisqu'ils ne peuvent pas agir tant que l'indivision dure.

Les créanciers hypothécaires ont, en général, un droit direct sur les biens, qui leur permet de les saisir sans que

(1) Bruxelles, 11 mai 1868 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 454).

leur action soit arrêtée par les contestations dans lesquelles le propriétaire est engagé. S'il s'agit d'une procédure en partage, il faut distinguer. Le principe reçoit son application aux créanciers hypothécaires du défunt; ils n'ont aucun intérêt au partage, lequel n'a pas d'influence sur leurs droits; donc les frais du partage ne sont pas des frais de justice à leur égard (1). Il n'en est pas de même si l'hypothèque a été consentie par un copartageant. La validité de l'hypothèque dépend, dans ce cas, du résultat du partage; si l'immeuble tombe au lot de celui des copartageants qui a consenti l'hypothèque, elle est valable; s'il tombe au lot d'un autre copartageant, elle est nulle. Ce principe a été modifié par la loi de 1854 sur l'expropriation. En cas de licitation, le créancier hypothécaire peut exercer son droit sur le prix, et, en cas de partage avec soulte, sur les sommes que le débiteur de la soulte est tenu de payer. Le créancier hypothécaire est donc toujours intéressé aux opérations du partage, ce qui décide la question des frais (2).

341. Les frais d'un partage purement volontaire sont-ils privilégiés? Il a été jugé que la créance du notaire qui a procédé au partage ne jouit d'aucun privilége; ce ne sont pas des frais de justice, puisqu'on suppose qu'il n'y a aucune procédure en partage, donc ni intervention de la justice, ni concours des créanciers. Dans ces circonstances, le partage notarié ne diffère en rien d'un contrat ordinaire, tel qu'une vente; il reste donc sous l'empire du droit commun en ce qui concerne les frais faits par les parties contractantes (3).

342. Que faut-il décider des frais occasionnés par les contestations qui s'élèvent pendant une instance en partage ou après le partage? D'ordinaire le procès ne concerne que l'intérêt du demandeur, et dès que les frais sont faits dans un intérêt individuel, il ne peut plus s'agir d'un privilége. Une veuve forme une demande en partage à l'effet de faire déterminer l'importance de ses reprises. Les frais de l'instance sont-ils privilégiés à l'égard de ses créanciers? On

(1) Bourges, 16 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 118).
(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 42, n° 341.
(3) Rejet, 14 février 1853 (Dalloz, 1853, 1, 32).

peut dire que ces frais ont pour objet d'augmenter le patrimoine du débiteur, et qu'en ce sens ils intéressent les créanciers. Mais cet intérêt éloigné ne suffit point pour que les frais soient privilégiés à leur égard (n° 325). Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, il n'y avait guère de doute : les droits des créanciers n'avaient pris naissance que postérieurement à l'instance, dès lors on ne pouvait pas dire que les frais étaient faits dans leur intérêt (1).

Il en serait de même des frais d'une contestation soulevée par quelques créanciers d'un copartageant contre les opérations du partage, dans leur seul intérêt. C'est le cas de dire que la condamnation aux dépens est la peine du téméraire plaideur : ceux qui succombent les payent; les prélever sur la masse, ce serait les faire supporter en partie par ceux des créanciers qui n'ont pris aucune part au procès, et qui n'ont pas voulu y prendre part, puisqu'ils n'y sont pas intervenus. Il n'y a donc pas d'intérêt commun, et sans intérêt commun, on ne conçoit pas de privilége de frais de justice (n° 318) (2).

N° 5. FRAIS D'ADMINISTRATION D'UNE SUCCESSION BÉNÉFICIAIRE.

343. L'héritier bénéficiaire administre la succession dans l'intérêt des créanciers et légataires et dans le sien. Il y a là un intérêt commun, et partant, les frais que nécessite la gestion doivent être supportés par tous les intéressés : c'est dire que ce sont des frais de justice (3).

344. Quels sont les frais d'administration qui jouissent d'un privilége? L'article 810 porte que les frais de scellés, d'inventaire et de compte sont à la charge de la succession. Cette disposition n'est point restrictive. L'héritier bénéficiaire est dans le cas de soutenir des procès dans l'intérêt de la succession, soit en demandant, soit en défendant; il représente tous les intéressés, créanciers et léga-

(1) Rejet, chambre civile, 24 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 374).
(2) Orléans, 26 juillet 1849 (Dalloz, 1850, 2, 29).
(3) Bordeaux, 12 avril 1853 (Dalloz, 1853, 2, 242).

taires; les frais sont donc faits dans un intérêt commun. partant ils sont privilégiés (1).

Toutefois il se peut que les frais des procès ne soien pas privilégiés à l'égard de tous les créanciers. Il ne faut pas perdre de vue que le privilége des frais de justice a une cause essentiellement relative, l'intérêt de ceux qui les font et qui doivent les supporter. L'héritier bénéficiaire conteste une demande en payement formée par deux créanciers privilégiés; il succombe; les frais seront-ils privilégiés à l'égard des défendeurs? Non, dit la cour de cassation, car il serait absurde de dire que ces frais ont été faits dans l'intérêt des créanciers contre lesquels l'héritier agissait, et il serait tout aussi absurde de dire qu'il était le représentant de ceux qu'il combattait. Donc les frais n'étaient privilégiés qu'à l'égard des autres créanciers et légataires. Nous avons rapporté l'espèce ailleurs (t. X, n° 180).

N° 6. FRAIS DE CURATELLE D'UNE SUCCESSION VACANTE.

343. Le curateur d'une succession vacante administre dans l'intérêt des héritiers, s'il y en a, et des créanciers. C'est dans ce but qu'il est nommé. Il est, en général, assimilé à un héritier bénéficiaire (art. 814); on doit donc lui appliquer l'article 810, et ce que nous venons de dire des frais d'administration. Il y a cependant une différence notable entre l'héritier bénéficiaire et le curateur; celui-ci reçoit un salaire, tandis que l'héritier n'est point salarié. De là la question de savoir si le salaire est compris parmi les frais privilégiés. Le tribunal d'Anvers l'avait décidée négativement, en se fondant sur le sens du mot *frais*, qui implique une dépense, et ne reçoit pas d'application à des honoraires. Cette décision a été réformée en appel, et sur le pourvoi il est intervenu un arrêt de rejet. Qu'est-ce que des frais de justice? La cour de cassation répond que ce sont des actes faits sous l'autorité de la justice, pour la conservation et la liquidation des biens d'un débiteur, dans

(1) Amiens, 24 avril 1822 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 501, 1°).

l'intérêt de ses créanciers, soit directement par elle ou devant elle, soit par les personnes que la loi lui fait un devoir de préposer à une administration : tel est le curateur. Peut-il y avoir une curatelle sans salaire? Non, car la curatelle n'est acceptée qu'à raison du salaire qui y est attaché; dès lors le salaire doit être compris parmi les frais que l'intérêt commun nécessite, car le plus grand intérêt des créanciers et des héritiers, s'il s'en présente, est qu'il y ait un curateur qui administre les biens (1).

346. Il faut dire des frais de curatelle ce que nous avons dit de tous les frais de justice; ils ne sont privilégiés qu'à l'égard de ceux dans l'intérêt desquels ils se font. On a demandé si ces frais étaient privilégiés à l'égard d'un bailleur. Dans l'espèce jugée par la cour de Lyon, il n'y avait aucun doute, au moins pour les frais de nomination, car le bailleur lui-même avait provoqué le jugement qui avait nommé un curateur à la succession vacante. La cour a décidé que les frais de conservation et de vente doivent aussi être prélevés sur le prix de la vente, par préférence aux loyers (2). C'est une décision de fait plutôt que de droit. Le bailleur a une voie particulière pour réaliser son privilége, c'est la saisie-gagerie; s'il en use, il ne peut être question de lui faire supporter d'autres frais que ceux qu'il fait; s'il n'en use pas, il faut naturellement que le curateur procède à la vente, et, dans ce cas, le bailleur est soumis au droit commun. Il y a encore une difficulté. Si la nomination du curateur était provoquée par un autre créancier ou par le procureur du roi, le bailleur serait-il primé par les frais que la nomination nécessite? A notre avis, oui; car il faut, en tout cas, qu'il y ait un curateur contre lequel le bailleur agisse; donc les frais de nomination intéressent tous les créanciers qui sont dans le cas d'agir, par conséquent les frais sont privilégiés à l'égard de tous.

N° 7. FRAIS DE FAILLITE.

347. La loi sur les faillites porte (art. 561) qu'il est

(1) Rejet, 23 juin 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 1, 273). Comparez Bruxelles, 25 mai 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 132).
(2) Lyon, 16 janvier 1851 (Dalloz, 1852, 2, 206).

fait distraction, sur l'actif mobilier du failli, des frais et dépens de l'administration de la faillite. Ces frais sont donc privilégiés. C'est l'application du principe général qui régit les frais de justice. L'administration de la faillite est une administration judiciaire, qui a pour objet l'intérêt commun des créanciers; les frais sont donc des frais de justice, d'après la définition donnée par notre cour de cassation (n° 345) en ce qui concerne les administrations judiciaires. Parmi les frais et dépens il faut comprendre non-seulement ceux de gestion proprement dite, mais, avant tout, ceux qui ont dû être faits pour la déclaration de la faillite, de même que les frais des procès soutenus par les curateurs dans l'intérêt de la masse. L'article 561 ne donne le privilége que sur l'actif mobilier, sans doute parce que généralement l'actif immobilier est absorbé par les créanciers hypothécaires, lesquels n'ont d'ordinaire aucun intérêt à l'administration de la faillite, comme nous allons le voir. Toujours est-il que le privilége des frais de justice, en matière de faillite, porte sur les immeubles aussi bien que sur les meubles, en vertu de l'article 17 de la loi hypothécaire, sauf à appliquer le principe consacré par cette disposition, que le privilége ne reçoit d'application qu'à l'égard des créanciers et des biens dans l'intérêt desquels les frais sont faits (n° 328).

Il faut aussi appliquer aux frais de faillite ce que nous avons dit des frais de curatelle : on y comprend les honoraires des curateurs ou syndics. La jurisprudence est en ce sens, et cela n'est point douteux (1).

348. Les intérêts des divers créanciers, en cas de faillite, sont très-compliqués ; de là de nombreux conflits, notamment pour écarter les créances privilégiées. Il faut maintenir le principe du caractère relatif des frais de justice : privilégiés à l'égard de ceux dans l'intérêt desquels ils ont été faits, ils ne jouissent d'aucune préférence à l'égard des créanciers qui n'y ont aucun intérêt. Le bailleur a un privilége sur les meubles qui garnissent la maison louée; si le preneur tombe en faillite, le propriétaire

(1) Colmar, 4 juillet 1831 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 555).

sera-t-il primé par les frais faits pour la déclaration de faillite et pour l'administration des biens? La jurisprudence s'est prononcée pour la négative, qui ne nous paraît guère douteuse. En effet, le bailleur n'a aucun intérêt à ce que le locataire soit déclaré en faillite; il a une action directe sur les objets mobiliers frappés de privilége, il peut les saisir-gager; donc les frais de déclaration de faillite et d'administration lui sont étrangers. La cour de Bruxelles, qui l'a jugé ainsi, ajoute que l'on peut seulement prélever, sur le prix des meubles qui garnissent la maison, les frais de la saisie et de la vente desdits effets, ces frais étant nécessaires pour la réalisation du privilége (1).

349. Les créanciers hypothécaires sont-ils primés, sur les biens hypothéqués, par les frais de faillite? Il y a quelque incertitude sur cette question dans la jurisprudence. La cour de cassation de Belgique a consacré les vrais principes. Il s'agissait, dans l'espèce, du rang que réclamaient les syndics pour leurs frais de gestion : ils prétendaient primer le créancier hypothécaire, l'Etat ou l'administration des domaines inscrits sur un immeuble. Les frais de faillite étaient-ils privilégiés sur le prix de cet immeuble? Oui, disait le pourvoi. Les syndics sont les mandataires de tous les créanciers, sans distinction entre ceux qui ont une hypothèque et ceux qui n'en ont pas; les frais sont donc une charge commune qui grève tous les biens, les immeubles comme les meubles; car il n'y a pas deux masses de biens dans une faillite, c'est un patrimoine unique qui est géré par les syndics, au nom de tous les créanciers. C'était mal raisonner, et ne tenir aucun compte du caractère relatif des frais de justice : il y a, sous le rapport des frais de justice, autant de masses différentes qu'il y a de biens profitant ou ne profitant pas des frais. Dans l'espèce, les frais profitaient aux créanciers chirographaires; donc les syndics pouvaient les prélever sur le prix des meubles; les frais profitaient encore à ceux qui avaient des droits à exercer sur les immeubles non hypothéqués,

(1) Bruxelles, 2 novembre 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 312). Lyon, 27 mars et 1er avril 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nos 602, 3o et 163), et 16 janvier 1851 (Dalloz, 1852, 2, 296).

partant, les frais étaient privilégiés à leur égard, et pouvaient être prélevés sur le prix de ces immeubles. Mais ces frais ne profitaient pas aux créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble, donc ils ne devaient pas les supporter. Est-ce à dire, comme cela a été jugé, que les créanciers hypothécaires ne doivent jamais contribuer aux frais? Non, la cour de cassation dit très-bien que les créanciers hypothécaires ne sont pas étrangers à la faillite; ils prennent part à la nomination des syndics, ceux-ci sont donc leurs mandataires, comme ils le sont des créanciers chirographaires; partant, ils doivent concourir aux frais de leur gestion, non pour tous les frais, mais pour ceux qui se font dans leur intérêt, et dans la mesure de cet intérêt. La conclusion de la cour est que, dans l'espèce, le créancier hypothécaire n'était point tenu au payement des frais qui ne concernaient point l'immeuble hypothéqué (1).

La cour de cassation de France s'est prononcée dans le même sens. Elle dit que les créanciers hypothécaires sont placés hors de la faillite pour tous les droits que leurs hypothèques peuvent garantir utilement. De là suit que le privilége pour frais de gestion de la faillite ne peut affecter leur gage immobilier que dans les cas où ces frais leur ont directement ou indirectement profité. La difficulté se résout donc en un point de fait : les frais faits par le syndic ont-ils profité aux créanciers hypothécaires, dans ce cas ils seront prélevés sur le prix des immeubles hypothéqués : dans le cas contraire, les créanciers hypothécaires ne sont pas primés par les frais de justice (2).

350. Il a été jugé que les frais de scellés et d'inventaire profitent aux créanciers hypothécaires, sans autre motif (3); probablement à raison de l'intérêt éventuel qu'ont les créanciers hypothécaires à être colloqués sur le prix

(1) Rejet, 15 juillet 1847 (*Pasicrisie*, 1848, I. 89). En sens contraire, Paris, 27 avril 1846, et Rouen, 6 novembre 1812 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 1048).

(2) Rejet, chambre civile, 8 mars 1848 (Dalloz, 1848, 4, 304); Rejet, 13 avril 1859 (Dalloz, 1859, 1, 417). Comparez Bordeaux, 20 août 1836 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 1048).

(3) Rouen, 2 décembre 1841 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 1048). Riom, 21 août 1863 (Dalloz, 1863, 2, 161).

des meubles, en cas d'insuffisance des immeubles. Nous avons déjà dit que cet intérêt éventuel n'était pas une raison pour prélever des frais sur les immeubles, puisque, pour les immeubles, il n'y a pas d'intérêt à ce que le mobilier soit conservé (n° 329). Mais quand les créanciers hypothécaires se présenteront à la masse mobilière, ils supporteront par cela même leur part dans les frais généraux, les frais étant prélevés sur le prix des meubles.

Il y a, par contre, des frais qui sont prélevés exclusivement sur le prix des immeubles hypothéqués. Ce sont les frais de vente de ces biens; ils sont étrangers à la masse mobilière, donc ils ne doivent pas primer les créanciers qui ont action sur les meubles (1).

351. Il s'est présenté devant la cour de cassation de France une question dont nous devons dire un mot, parce qu'elle reçoit, d'après notre législation, une solution différente de celle qui lui a été donnée d'après le code civil. Le syndic paye la prime d'assurance d'un immeuble compris dans la masse : cette dépense peut-elle figurer parmi les frais de justice privilégiés? Oui, dit la cour de cassation, si c'est une dépense que les syndics ont dû faire; et, par suite, elle sera prélevée sur l'actif mobilier dans la masse chirographaire, conformément à l'article 565 (561 du code belge) du code de commerce. Mais on ne peut pas la colloquer, à titre de frais de justice, sur le prix des immeubles assurés, au préjudice des créanciers hypothécaires, car elle ne conserve pas leur gage, elle ne leur profite donc pas, et par conséquent, à leur égard, ces frais ne sont point des frais de justice. En effet, si l'immeuble vient à être détruit par un incendie, le gage des créanciers hypothécaires périt. Il en était ainsi sous l'empire du code Napoléon : l'indemnité due par l'assureur ne prenait pas la place de l'immeuble assuré, elle constituait une simple créance mobilière qui tombait dans la masse chirographaire de l'assuré. De là suit que la prime devait être payée par cette masse, à laquelle elle profitait, et non par les créanciers hypothécaires, auxquels elle ne profitait

(1) Bruxelles, 7 mars 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 101).

point (1). Notre loi hypothécaire a dérogé, sous ce rapport, au code civil; l'indemnité due par l'assureur prend la place de l'immeuble assuré, et au moyen d'une subrogation réelle, elle est affectée spécialement au payement des créances hypothécaires (art. 10). De là une conséquence toute différente en ce qui concerne la nature de la dépense; la prime profite toujours aux créanciers hypothécaires, tandis qu'elle ne profite pas à la masse chirographaire, il est donc juste qu'elle soit privilégiée à l'égard des premiers.

Nº 8. COMMENT LE PRIVILÉGE S'EXERCE-T-IL QUAND IL PORTE SUR LES MEUBLES ET LES IMMEUBLES?

352. Sous l'empire du code civil, les priviléges généraux sur les meubles s'étendaient sur les immeubles, mais ils ne s'exerçaient sur la masse immobilière qu'en cas d'insuffisance du mobilier (art. 210). En est-il de même du privilége des frais de justice, le seul privilége qui, d'après la loi nouvelle, grève les meubles et les immeubles? L'article 17 ne reproduit pas la restriction qui se trouvait dans l'article 2105; il ne dit pas que le privilége s'exerce dans un ordre successif; le texte implique, au contraire, que les immeubles et les meubles sont grevés indistinctement. Le silence de la loi est significatif, car le projet présenté aux chambres contenait un paragraphe ainsi conçu : « Dans le cas où ces frais s'étendent sur la généralité des meubles et des immeubles, ils ne seront payés sur le prix des immeubles qu'en cas d'insuffisance du mobilier. » Cette disposition a été retranchée sur la proposition de la commission du sénat. On lit dans le rapport de M. d'Anethan : « Si les frais ont été faits pour les meubles et pour les immeubles, pourquoi ne pas exercer le privilége proportionnellement sur les deux masses? Pourquoi faire un avantage aux créanciers privilégiés sur les immeubles, au détriment des créanciers privilégiés sur les meubles? » La suppression votée par le sénat fut admise par la chambre

(1) Cassation, 26 janvier 1875 (Dalloz, 1875, 1, 52).

des représentants sur le rapport de M. Lelièvre. Les frais de justice, dit le rapporteur, doivent atteindre tous les biens dans l'intérêt desquels ils sont faits. Il faut donc prélever concurremment, mais en proportion de leur importance, sur les immeubles et les meubles, des frais qui profitent à la masse immobilière et à la masse mobilière (1).

353. Les rapporteurs des deux chambres disent que les deux masses doivent contribuer proportionnellement aux frais. Cela veut dire que chaque bien ne supporte la créance privilégiée que pour une partie des frais correspondante à sa valeur; c'est la conséquence logique du principe qui domine dans cette matière, à savoir que le privilége des frais de justice est un privilége essentiellement relatif, qui ne s'exerce que sur les biens dans l'intérêt desquels les frais se font; or, l'intérêt est en proportion de la valeur des biens, ce qui conduit à une répartition proportionnelle du privilége. Vainement objecte-t-on que les remarques des rapporteurs n'ont pas été formulées en article de loi; il est certain que les rapports n'ont pas de force légale. Mais, dans la question que nous discutons, les rapporteurs n'ont fait qu'appliquer aux priviléges des frais de justice un principe qui découle de l'essence de ce privilége et qui est consacré par l'article 17. On aurait dû le décider ainsi quand même les rapports ne s'en seraient pas expliqués. Si nous citons les paroles des rapporteurs, c'est qu'ils ont une grande autorité, non-seulement comme organes d'une commission, mais encore comme jurisconsultes (2).

SECTION III. — Des priviléges sur les meubles.

354. « Les priviléges sont ou généraux, ou particuliers sur certains meubles » (art. 18). Nous avons dit plus haut (n° 318) quel est le sens de cette classification et quelles

(1) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 402). Lelièvre, Rapport (Parent, p. 522).

(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 58, n° 350. Comparez Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 199, n° 358.

différences il y a entre les priviléges mobiliers et les priviléges immobiliers (n° 318).

ARTICLE Ier. Des priviléges généraux sur les meubles.

355. L'article 19 (code civ., art. 2101) énumère ces priviléges, qui sont au nombre de cinq. On a dit qu'il était inutile de répéter que les frais de justice sont privilégiés sur la généralité des meubles, après que l'article 17 avait dit que ce privilége porte sur *les meubles et les immeubles*. Dire qu'il grève tout le patrimoine du débiteur, c'est certes dire implicitement qu'il grève une portion de ce patrimoine. Néanmoins la répétition a sa raison d'être; d'abord, parce qu'une disposition qui énumère les priviléges généraux doit les comprendre tous; puis la loi devait mentionner les frais de justice pour leur assigner un rang. En effet, l'article 19 ne se borne pas à énumérer les priviléges généraux sur les meubles, il les classe aussi : « Les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont celles ci-après exprimées, et *s'exercent dans l'ordre suivant.* » Le numéro qu'elles portent indique donc leur rang. Pour compléter cette règle de classification il faut ajouter l'article 14, aux termes duquel les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence. Le code civil répétait cette disposition dans le n° 3 de l'article 2101, en parlant des frais de dernière maladie. Cela était inutile, puisque le principe général écrit dans l'article 2097 (loi hyp., art. 14) reçoit son application à tous les priviléges qui sont de même rang. Les auteurs de la loi belge ont supprimé cette redondance.

356. Nous n'avons rien à dire du privilége des frais de justice qui grève les meubles; ce privilége est identique à celui de l'article 17, de sorte que tout ce que nous venons de dire des frais de justice s'applique à l'article 19, n° 1. Ce n'est pas à dire que le privilége produise les mêmes effets lorsqu'il est immobilier et lorsqu'il est mobilier : ces deux espèces de priviléges diffèrent considérablement, ainsi que nous l'avons dit (n° 318). Comme privilége immobilier, les frais de justice devraient être rendus pu-

blics; la loi nouvelle les dispense de l'inscription; nous en dirons la raison en traitant de la conservation des privi- léges. Les priviléges immobiliers ne donnent le droit de suite qu'à condition d'être inscrits; le privilége des frais de justice, étant dispensé de l'inscription, produit tous ses effets, la préférence et le droit de suite, sans publicité.

§ Ier. *Des frais funéraires.*

357. Au second rang des créances privilégiées sur la généralité des meubles, la loi place les frais funéraires (art. 19, 2°). Quelle est la *qualité* de cette créance qui donne au créancier le droit d'être préféré aux créanciers chirographaires? Les jurisconsultes romains répondent que le privilége, en assurant le payement des frais funéraires, empêche que les cadavres ne restent sans sépulture. Il y a donc une raison de salubrité publique, qui est évidente. Il y a encore un motif d'humanité et de piété tout aussi évident : quelles que soient les croyances religieuses, le législateur doit veiller, par respect pour la personnalité humaine, à ce que les cadavres ne soient pas abandonnés en proie aux bêtes fauves. Les considérations religieuses prennent une plus grande importance dans les religions qui professent la résurrection des corps. Ici la piété touche à la superstition et, disons-le, à l'exploitation de l'ignorance et de la bêtise qu'un clergé aussi cupide qu'ambitieux exploite dans l'intérêt de sa domination. Le législateur ne doit certes pas favoriser des créanciers qui font de la religion métier et marchandise : et comme c'est lui qui crée les priviléges, il ne doit privilégier que les frais strictement nécessaires pour l'ensevelissement des morts. Tout ce qui dépasse ces frais touche à l'abus des choses saintes; si la loi ne peut pas l'empêcher, elle ne doit du moins pas y prêter la main (1).

358. Quels frais sont privilégiés? La loi ne définit pas les frais funéraires; mais le motif sur lequel de tout temps

(1) Comparez la dissertation de Troplong (nos 132-134) sur le fondement philosophique de ce privilége.

on l'a fondé implique qu'on doit le restreindre aux dépenses de sépulture. Dans notre ancien droit on disait, comme les jurisconsultes romains, que le privilége avait sa raison d'être dans la considération d'ordre public que nous venons d'exposer : *ne hominum corpora maneant insepulta* (1). Il y a un jugement en ce sens du tribunal de la Seine. Dans l'espèce, le demandeur réclamait un privilége pour le monument funèbre d'une personne morte insolvable. Le tribunal dit très-bien que la seule créance privilégiée est celle des *frais nécessaires pour les funérailles,* tels que levée, transport et inhumation du corps du défunt. Or, un monument funéraire, quelque modeste qu'il soit, est toujours une dépense somptuaire pour la succession d'un insolvable (2), et la loi n'a certes pas voulu que le gage des créanciers servît à une dépense de luxe.

Cela décide la question de savoir si le deuil de la veuve et des domestiques est compris dans la créance privilégiée. Nous ne comprenons pas qu'elle soit controversée. N'est-il pas de principe que les priviléges sont de la plus stricte interprétation? Tous les auteurs posent ce principe; mais ils l'oublient quand il se présente une créance qui leur paraît favorable. Nous demanderons s'il appartient aux interprètes de décider qu'une créance est favorable. Tous répondent non; or, n'est-ce pas créer un privilége que la loi ignore que de l'accorder pour le deuil de la veuve et des domestiques, alors que la loi ne privilégie que les frais funéraires? Qu'est-ce que le deuil a de commun avec l'ensevelissement? La loi voit avec faveur le deuil de la veuve et elle cherche à le lui procurer (art. 1481 et 1570). Mais c'est dépasser la loi que de faire de la créance du deuil une créance privilégiée, et dépasser la loi en matière de privilége, c'est faire la loi. Ceci est une réponse à l'argument que l'on puise dans la tradition. « Le deuil, dit Pothier, que les héritiers du mari sont obligés de fournir à la veuve est regardé comme faisant partie des frais funéraires du mari; c'est ainsi que le considèrent Lebrun, Renusson et

(1) Voyez les témoignages dans Martou, t. II, p. 63, n° 355, et note 4.
(2) Jugement du 6 mai 1873 (Dalloz, 1875, 3, 8).

autres. En conséquence il est d'usage de donner à la veuve, pour la créance de son deuil, le même privilége qu'à celle des frais funéraires (1). » Nous avons eu souvent l'occasion de constater que la tradition est un guide qui égare, et c'est ici le cas. Les auteurs anciens n'étaient pas liés par un texte comme nous le sommes; ils faisaient le droit, tandis que nous avons seulement mission d'interpréter la loi. Et que dit la loi? Elle donne un privilége aux frais funéraires, et il est de principe que l'on ne peut pas étendre les causes de préférence. Cela est décisif, car le droit qu'on réclame pour la veuve n'a rien de commun avec la salubrité publique ni avec le respect de la personne humaine (2).

359. On enseigne que par frais funéraires il faut entendre non-seulement ceux du débiteur lui-même, mais encore ceux des *enfants* du débiteur, et même d'autres *parents* qui demeuraient avec lui. Il y a, dit-on, même motif de décider (3). Voilà encore une fois l'argumentation analogique, alors que tout le monde est d'accord qu'en matière de priviléges, il n'est pas permis de raisonner par analogie. Nous n'insistons pas, parce que le texte de notre loi est décisif; en effet, il limite le privilége, en n'accordant de droit de préférence que pour les frais qui sont en rapport avec la condition et la fortune du *défunt*. C'est donc de l'ensevelissement du *défunt*, c'est-à-dire du débiteur, qu'il est question ; le bon sens suffirait pourle décider ainsi. Il y a, en sens contraire, un jugement du tribunal de commerce de Bruges (1).

360. Quelle est l'étendue du privilége? Nous venons de dire que la loi le limite aux frais que la *condition* et la *fortune* du défunt permettent de faire. Le projet de la commission spéciale portait : les frais *nécessaires*. M. de Brouckere, l'un des membres de la commission, expliqua le but de cette restriction : « Nous vivons dans un siècle de vanité,

(1) Pothier, *Communauté*, n° 678.
(2) Voyez les témoignages, en sens divers, dans Pont, t. I, p. 53, n° 73, et Aubry et Rau, t. III, p. 130, note 11, § 260. Il faut ajouter Martou, t. II, p. 65, n° 357.
(3) Martou, t. II, p. 65, n° 358. En sens divers, les auteurs cités par Pont, t. I, p. 51, n° 71.
(4) Jugement du 19 mai 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 3, 179).

dit-il, et on renchérit chaque jour sur les pompes extérieures. Des débiteurs qui n'ont pas 5,000 francs vaillant font des frais de funérailles qui dépassent leur avoir et enlèvent à la masse des créanciers la partie la plus liquide de la succession. » Le principe fut admis, mais on trouva la rédaction trop vague et on la remplaça par celle que nous avons transcrite. C'est, à notre avis, un malheureux changement. Qu'est-ce que des frais en rapport avec la *condition* et la *fortune* du défunt? Peut-il être question de *fortune* alors qu'il s'agit de *priviléges*, c'est-à-dire quand le défunt meurt insolvable? La *fortune* du défunt n'était, dans ce cas, qu'une apparence mensongère, et qu'importe alors sa *condition?* Quand même il appartiendrait aux classes les plus élevées de la société, le législateur ne devrait pas autoriser des frais en les privilégiant, quand ces frais sont, en réalité, supportés par les créanciers. Du reste les tribunaux jouissent ici d'un pouvoir discrétionnaire, et ils feront bien d'en user pour réduire le privilége aux frais *nécessaires*, comme le disait le projet de la commission, ce qui était bien plus précis que la rédaction qu'on lui a substituée, et il n'y a de nécessaires que les frais de sépulture les plus simples; dès que cette limite est dépassée, on viole le droit des créanciers (1).

§ II. *Des frais de dernière maladie.*

361. L'humanité est un des motifs que les auteurs du code ont invoqués pour justifier la préférence qu'ils accordent aux créances privilégiées sur les créances purement chirographaires. Il ne saurait y avoir de cause plus légitime. Une personne insolvable est malade, elle a besoin des secours de l'art et des soins particuliers qu'exige sa maladie. Comment lui assurer ces secours et ces soins? Si ceux qui les lui procurent risquaient de n'être pas payés en cas de mort du malade, il y aurait à craindre qu'ils ne missent de la négligence à remplir des devoirs qui sont en même temps pour eux une source de gain et parfois un

(1) Voyez la discussion et le Rapport de la commission lors du second vote, dans Parent, p. 121, 263, 380 et 381.

moyen de subsistance. En leur donnant une position privilégiée, le premier rang après les frais funéraires, le législateur veille, autant que cela dépend de lui, à ce que les malades ne soient point délaissés, quel que soit le mauvais état de leurs affaires.

Nous avons supposé que la loi privilégie les frais de la maladie dont le débiteur meurt; c'est ce que dit l'avant-dernier alinéa de l'article 19, en ajoutant que l'époque de la dernière maladie est encore celle qui précède le dessaisissement ou la saisie du mobilier, c'est-à-dire la faillite qui amène le dessaisissement du failli, et la déconfiture qui s'annonce par la saisie de son mobilier. Le code civil disait seulement « les frais de la dernière maladie », sans expliquer ce qu'il fallait entendre par là. Pour trancher la controverse à laquelle ces termes vagues avaient donné lieu, le législateur belge a défini l'expression qu'il a empruntée au code Napoléon. La solution qu'il a adoptée se justifie par les mêmes considérations d'humanité que nous avons invoquées dans la première hypothèse. On lit dans le rapport de M. Lelièvre : « Un médecin qui a donné ses soins à un malade, en comptant sur une juste rémunération, ne doit pas être privé d'une créance sacrée, parce qu'avant l'époque à laquelle, d'ordinaire, se payent les dettes de cette nature, le débiteur est tombé en déconfiture ou en faillite. »

Il résulte du texte et du rapport qui l'explique, que la loi n'accorde pas de privilége aux frais postérieurs à la faillite ou à la déconfiture. La faillite dessaisit le débiteur de l'administration de ses biens; il ne peut plus grever la masse par de nouvelles dettes qu'il contracterait, bien moins encore grever la masse de priviléges. Comme le failli doit néanmoins pourvoir aux nécessités de la vie, la loi permet au tribunal de lui accorder des aliments, dont il fixe la quotité (art. 476 de la loi du 18 avril 1851). Si le failli est malade, les juges tiendront compte naturellement des frais de maladie dans les secours qu'ils lui accorderont. Quant au débiteur non commerçant dont le mobilier est saisi, la loi le met sur la même ligne que le failli, en ce qui concerne le privilége; il peut, à la vérité, contrac-

ter des dettes, mais ces dettes ne seront plus privilégiées.

Il résulte encore des termes de la loi qu'elle ne privilégie pas les frais de la maladie dont le débiteur ne meurt pas, s'il ne tombe pas en faillite ou en déconfiture. Pour mieux dire, le privilége, dans ce cas, est inutile, puisque la préférence entre créanciers n'a de raison d'être que lorsque le débiteur devient insolvable.

362. Que faut-il entendre par *frais* dans le numéro 3 de l'article 19? Il n'y a pas de doute en ce qui concerne les honoraires des médecins, les médicaments fournis par le pharmacien, et le salaire des gardes-malade. Mais le privilége se borne-t-il à ces créances habituelles? Le code disait : les frais *quelconques*. Bien que ce dernier mot n'ait pas été reproduit par la loi hypothécaire, le sens est le même, car les frais de dernière maladie comprennent *tous* les frais que la maladie nécessite, par conséquent les frais *quelconques*. Or, il peut y avoir d'autres dépenses que celles de pharmacie. Ainsi le malade doit prendre des bains à domicile; il a besoin d'une nourriture plus recherchée; tout ce que le médecin ordonne est une dépense de maladie et constitue des frais privilégiés. Cela décide la question des dépenses de fantaisie sur lesquelles il y a controverse : il n'y a de dépenses de maladie que celles que le médecin autorise; on ne doit donc contenter les fantaisies du malade qu'avec la permission du médecin; dans cette limite, l'humanité commande de ne pas hésiter, car soulager le malade est aussi un devoir d'humanité (1).

363. La loi limite à un an le privilége des frais de dernière maladie. Elle tranche par là la controverse qui s'était élevée, sous l'empire du code, en ce qui concerne les maladies chroniques. Ces maladies peuvent se prolonger pendant de longues années; la loi n'a pas voulu privilégier toute la dépense qu'elles occasionnent. L'usage est que les médecins et les pharmaciens donnent leurs comptes à la fin de l'année; régulièrement ces comptes se payent annuellement; c'est pour ce motif que le code civil (art. 2272) dé-

(1) Voyez, en sens divers, Ernst, *Des Priviléges*, p. 18. Persil, *Régime hypothécaire*, t. I, p. 72, art. 2101, § III, n° I. Aubry et Rau, t, I, p. 58, n° 78.

clare que l'action des médecins, chirurgiens, apothicaires, pour leurs visites, opérations et médicaments, se prescrit par un an. La loi a dû tenir compte des usages et de la durée de l'action pour déterminer la limite du privilége, car elle ne privilégie que les créances qui peuvent rester dues sans qu'il y ait quelque négligence à reprocher au créancier : c'est au créancier négligent à supporter les conséquences de cette espèce de faute, et non à la masse. L'esprit de la loi, en cette matière, est de concilier, autant que la chose est possible, les divers intérêts qui se trouvent en conflit.

§ III. *Des salaires.*

364. Le code civil accordait un privilége aux salaires des *gens de service;* la loi belge le maintient, en l'étendant aux *commis* et aux *ouvriers*. Elle tranche par là une controverse qui, sous l'empire du code Napoléon, avait fini par être décidée contre les ouvriers et les commis. Le motif d'humanité qui justifie le privilége des domestiques légitime aussi l'extension de ce privilége aux ouvriers et aux commis; les salaires sont pour tous un moyen de subsistance. La créance des ouvriers et des commis est même plus favorable que celle des gens de service; ceux-ci ne sont utiles qu'au maître et ne servent qu'à ses commodités ou à son luxe; tandis que les commis et les ouvriers augmentent le patrimoine du patron par leur travail, et rendent, par conséquent, service à la masse des créanciers. Déjà la loi sur les faillites leur avait accordé un privilége au même titre qu'aux gens de service; la loi nouvelle a étendu cette juste faveur à ceux qui rendent les mêmes services aux débiteurs non commerçants (1).

365. Qu'entend-on par *gens de service?* Dans l'ancien droit, on commença par accorder le privilége aux domestiques de ville; encore n'était-il pas généralement reçu. Pothier trouvait cette préférence très-légitime, et exprima le vœu qu'on la généralisât. La loi du 11 brumaire an VII

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 75, n° 371.

(art. 11) donna satisfaction à ce vœu, en accordant le privilége aux domestiques; ce qui comprenait les domestiques employés à la campagne, aussi bien que les domestiques de ville. L'expression *gens de service*, employée par le code civil et maintenue par la loi nouvelle, est encore plus générale; elle comprend tous les gens qui servent, qui ont un maître. Si les priviléges n'étaient pas de la plus stricte interprétation, on aurait pu y comprendre les ouvriers et même les commis. La loi nouvelle a comblé la lacune. Elle s'applique aux ouvriers de fabrique et, en général, à tous ouvriers à gages. Quant aux commis, l'expression doit aussi être prise dans sa plus large acception; il ne s'agit pas seulement des commis des commerçants, mais aussi des clercs de notaire, d'avoué ou d'huissier, ainsi que des secrétaires et bibliothécaires, s'il y a encore des bibliothécaires (1).

366. Il reste néanmoins une difficulté. Les directeurs de théâtre font régulièrement faillite, au moins dans la ville où nous écrivons. On demande si les acteurs jouissent du privilége de l'article 19, en supposant qu'il y ait un actif à distribuer. La négative nous paraît certaine. En effet, les acteurs ne sont pas des gens de service, ni des ouvriers, ni des commis. Le texte de la loi ne leur est donc pas applicable; ce qui décide la question de privilége. Vainement invoque-t-on la condition précaire et misérable des artistes dramatiques; les principes sont impitoyables, ils ne permettent pas de créer des priviléges par voie d'analogie (2).

La cour de cassation s'est prononcée en ce sens, après délibéré en chambre du conseil. On invoquait le terme de *gens de service*, que les auteurs du code ont substitué à celui de *domestiques*, pour en induire que le privilége appartenait à tous ceux qui rendent des services salariés. La cour commence par rappeler le principe que les priviléges sont de droit étroit, et ne sauraient être étendus d'un cas à un autre par analogie et assimilation; qu'ils doivent être

(1) Valette, *Priviléges*, n°s 29-31. Aubry et Rau, t. III, p. 133, note 19, § 260. Pont, t. I, p. 59, n° 80.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 134, note 23, § 260.

restreints aux cas spécialement déterminés par la loi. Puis la cour dit que le code civil, en substituant les mots *gens de service* au mot *domestiques*, n'a pas entendu modifier le principe et étendre le privilége à d'autres services que ceux de la domesticité; qu'il a seulement voulu désigner, d'une manière plus large, les serviteurs de toute espèce attachés à la personne ou à la maison. La cour en conclut que, d'après les termes et l'esprit de la loi, on ne peut étendre un privilége concernant des gens, placés dans une condition d'infériorité et de dépendance, à des artistes dramatiques dont la profession exclut toute idée de domesticité envers le directeur qui les a engagés, non pour lui rendre des services personnels, mais pour l'exercice de leur art, moyennant une rétribution déterminée. Si l'on a accordé un privilége aux domestiques, ce n'est pas seulement à cause de leur position, c'est aussi parce qu'il s'agit de sommes modiques, dont le payement ne compromet guère les droits des autres créanciers; il n'en serait pas de même des créances réclamées par les artistes; elles absorberaient le plus souvent la totalité de l'actif et ne laisseraient rien dans la masse chirographaire; le législateur n'a certes pas entendu dépouiller la généralité des créanciers au profit de quelques-uns.

La cour démontre ensuite que l'on ne peut pas comprendre les artistes dramatiques parmi les commis, auxquels le nouveau code de commerce, en France et en Belgique, accorde un privilége. On entend par commis ou préposé un mandataire chargé de représenter le chef d'une maison de commerce, ou de diriger tout ou partie de ses affaires; or, l'artiste dramatique se renferme dans l'exercice de son art et ne fait aucune opération pour son directeur; il n'y a donc aucun rapport entre un commis et un acteur. La cour conclut que l'exercice de l'art dramatique constitue un louage d'industrie, qui ne rentre dans aucune disposition du code concernant les priviléges; par conséquent, la cour de Paris, en refusant le privilége, avait fait de la loi une juste et saine application (1).

(1) Rejet, 24 février 1864 (Dalloz, 1864, 1, 135). Il y a un arrêt en sens

367. La loi privilégie les gages des domestiques, ouvriers et commis, mais elle ne donne pas un privilége à tout ce qui peut leur être dû. Quant aux gens de service, leurs salaires ne sont privilégiés que pour l'année échue et pour ce qui leur est dû sur l'année courante. Quelle est l'année échue et, par suite, l'année courante? Il faut appliquer ici la disposition générale de l'avant-dernier paragraphe : l'année courante est celle pendant laquelle le débiteur est mort ou est tombé en faillite ou en déconfiture. Les salaires sont donc privilégiés pour une année entière, plus une fraction d'année. A la rigueur, on aurait pu opposer aux domestiques qu'ils devaient se faire payer de l'année échue, et réduire, par conséquent, leur privilége à l'année courante. Mais les domestiques ne sont pas dans une position qui leur permette d'exiger le payement à l'échéance de la dette; cela ne se peut surtout pas, et cela n'est pas dans les convenances, quand le maître est malade. La loi a dû tenir compte de cette situation des parties, et accorder un privilége pour les salaires qui sont dus sans qu'il y ait un reproche de négligence à adresser aux domestiques. Il est à remarquer que le délai d'un an est aussi le délai de la prescription des salaires des domestiques (art. 2272). Nous reviendrons plus loin sur le rapport qui existe entre la prescription et le privilége.

Que faut-il décider si les domestiques s'engagent au mois, comme c'est maintenant l'usage assez général, au moins dans les grandes villes? Ont-ils un privilége et quelle en sera l'étendue? Il est certain que leurs salaires sont privilégiés; la loi donne le privilége aux domestiques à raison de leur position nécessiteuse, sans y ajouter aucune condition; si elle limite l'étendue du privilége à l'année échue et à l'année courante, c'est qu'elle suppose, ce qui était jadis l'usage, que les gages étaient payables par année; mais supposer n'est pas disposer. Le privilége existe donc pour l'année échue, quand même le domestique se serait engagé au mois. Cela n'est pas logique; mais l'inconséquence à laquelle la loi conduit dans son application n'est pas une

contraire de la cour de Montpellier, du 25 mars 1862 (Dalloz, 1862. 5, 260) qui range les artistes dramatiques parmi les gens de service.

raison pour que l'interprète modifie le texte, en y introduisant une distinction que le législateur ignorait. Reste la difficulté de prescription. Il va de soi que si la créance est éteinte, il ne peut plus être question de privilége. Quand la créance des gages est-elle éteinte? Nous reviendrons sur la question (1).

368. Les salaires des commis ne sont privilégiés que pour six mois, et ceux des ouvriers pour un mois. Ici l'on ne peut pas invoquer comme motif la prescription, car l'action des commis n'est pas soumise à une courte prescription, et celle des ouvriers se prescrit, non par un mois, mais par six mois (art. 2271). Cela prouve que la durée du privilége n'est pas déterminée par la durée de la prescription. La loi en limite l'étendue par les considérations que nous avons fait valoir pour les salaires des domestiques (n° 367), nécessité de concilier les intérêts des créanciers privilégiés avec les droits des autres créanciers, et probabilité de payement; un ouvrier n'attend guère son salaire pendant un mois et un commis pendant une demi-année, puisqu'ils vivent au jour le jour du produit de leur travail.

369. Les créanciers privilégiés de l'article 19, n° 4, peuvent-ils réclamer le droit de préférence que la loi leur accorde pour les avances qu'ils feraient à leurs maîtres et patrons? Il a été jugé qu'un commis salarié n'avait pas de privilége pour les avances qu'il a faites à son patron (2). Cela ne nous paraît pas douteux. Les avances sont un prêt, et la loi n'accorde pas de privilége pour les prêts, quelque favorable qu'en soit la cause, comme dans l'espèce. La loi n'accorde de privilége que pour les salaires; le texte et le caractère exceptionnel des priviléges décident la question. Il eût fallu une disposition formelle pour étendre le privilége à toutes les créances qu'un domestique, un commis ou un ouvrier peuvent avoir contre leur maître ou patron; et le législateur a bien fait de ne pas multiplier les priviléges.

(1) Comparez Duranton, t. XIX, p. 65, n° 59; Valette, p. 36; Aubry et Rau, t. III, p. 134, § 260.
(2) Liége, 6 fevrier 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 165).

Par identité de raison, les domestiques, commis et ouvriers n'ont pas de privilége pour les dommages-intérêts auxquels ils peuvent avoir droit pour inexécution des conventions qui seraient intervenues entre eux et leurs commettants. Cela n'est pas douteux quand les conventions sont étrangères aux salaires (1). Si les dommages-intérêts sont dus pour retard dans le payement des salaires, ils constituent des intérêts, et les intérêts sont privilégiés comme la créance principale.

§ IV. *Des fournitures de subsistances.*

370. Ces fournitures conservent la vie du débiteur; il y a donc, pour privilégier la créance, un motif analogue à celui qui a fait accorder une préférence aux frais de maladie. On peut encore donner un autre motif. La loi privilégie les créances qui accroissent le patrimoine du débiteur, parce qu'elles enrichissent les créanciers; c'est aussi enrichir les créanciers que de conserver la vie et les forces du débiteur, parce que par son travail il pourra les satisfaire en payant l'intégralité de ce qu'il doit.

371. Le motif d'humanité qui légitime le privilége dépasse la préférence que la loi accorde; elle la limite aux fournitures de *subsistances*. Ce mot ne comprend pas tout ce qui est nécessaire à l'homme pour vivre. Il y a une autre expression plus large que les lois emploient pour indiquer tous les besoins de notre nature physique, c'est le mot d'*aliments*, qui comprend la nourriture, l'entretien et le logement; tandis que le terme *subsistances* ne se dit que de la nourriture. On ne peut donc pas y comprendre les habillements, le logement, ni les médicaments fournis avant la dernière maladie. Ce serait faire violence à la langue que d'appeler *subsistances* des fournitures de vêtements; et la loi elle-même prouve qu'elle n'y comprend pas le logement, puisqu'elle accorde un privilége particulier au bailleur; quant aux fournitures qu'exige la maladie, la loi leur donne une préférence, mais limitée à la dernière maladie.

Il n'y a de doute que pour les dépenses de chauffage et

(1) Douai, 7 mai 1842 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1991, 2°).

d'éclairage. Prises isolément, ces fournitures ne s'appellent pas non plus fournitures de subsistances. Cela nous paraît décisif, puisque les priviléges sont de la plus stricte interprétation. On dit qu'il faut y comprendre toutes les denrées, même non alimentaires, que l'on consomme immédiatement, en les employant aux besoins de la vie matérielle (1); mais qui ne voit que c'est là une simple affirmation? Les termes dont la loi se sert doivent être pris dans leur sens vulgaire, quand ils n'ont pas une signification technique en droit, comme le mot *aliments*. Or, on ne dira certes pas de celui qui fournit la houille ou le gaz, qu'il fournit des *subsistances*.

Par contre, il faut exclure des fournitures privilégiées celles qui, dans le langage ordinaire, se rapportent aux subsistances ou à l'alimentation, mais qui ne sont pas nécessaires à la vie. C'est à raison de la nécessité de ces fournitures que la loi les privilégie; c'est aussi la nécessité qui détermine la limite du privilége. Ainsi les aliments recherchés, tels que le gibier, les primeurs, ne seraient certes pas privilégiés. Par la même raison, il faut refuser le privilége aux fournitures de vin, et surtout de liqueurs. Loin d'être favorables, ces fournitures doivent être traitées avec défaveur; elles ne servent pas à la nourriture, ce qui suffit pour ne pas les privilégier, et elles favorisent l'intempérance et deviennent une cause de ruine pour le débiteur et pour ses créanciers (2).

372. La loi étend le privilége aux fournitures faites à la *famille*. Que faut-il entendre par famille? C'est un mot vague qui prête à bien des interprétations; aussi chaque auteur a-t-il son système. Il nous semble que la famille doit s'entendre au point de vue légal et au point de vue du privilége que la loi lui accorde. Cela exclut d'abord les *amis* que l'on voudrait y comprendre : a-t-on jamais dit des

(1) Valette, p. 39. Aubry et Rau, t. III, p. 135, notes 124 et 125, § 260. Martou étend le privilége à tout ce qui est nécessaire pour subsister (t. II, p. 78, n° 377, et les auteurs qu'il cite). Chaque auteur a son système. Comparez Pont, t. I, p. 67, n° 92.

(2) Tarrible accorde le privilége pour les vins, il le refuse pour les liqueurs (Merlin, au mot *Priviléges*, sect. III, § I, n° VI, t. XXV, p. 190). La difference d'appréciation dépend du pays et des habitudes.

amis qu'ils font partie de la *famille?* Et un débiteur peut-il nourrir ses amis aux dépens de ses créanciers? Car il ne faut pas perdre de vue que ce sont les créanciers qui payent; on doit donc interpréter les priviléges, non-seulement dans un sens étroit, mais encore dans un esprit restrictif. Il suit de là que la famille ne comprend pas tous les parents jusqu'au douzième degré; il faut limiter la notion parenté par celle du privilége. Le législateur a voulu assurer la subsistance du débiteur et de ceux auxquels le débiteur doit la subsistance, c'est-à-dire de ceux qui ont droit à des aliments. Voilà la famille légale que le chef, le débiteur, doit entretenir, et pour laquelle l'humanité réclame. Il faut y ajouter les domestiques, avec une restriction qui résulte de la nature du privilége de subsistances, c'est que les domestiques soient nécessaires; on ne peut pas permettre au débiteur de dépenser en salaires de domestiques l'avoir qui est le gage des créanciers (1).

373. Des fournitures de subsistances sont faites à un aubergiste pour ses besoins et ceux de son auberge. Il est certain que ces fournitures ne seront pas privilégiées pour le tout; en effet, elles ne servent pas seulement au débiteur et à sa famille, elles sont destinées principalement aux besoins des voyageurs. Or, la loi ne donne pas de privilége, dans l'article 19, aux fournitures faites aux aubergistes; comme tels, ceux-ci jouissent d'un privilége spécial pour les fournitures qu'ils font aux voyageurs (art. 20, 6°); la loi n'en donne pas aux fournitures qui leur sont faites, sauf celles qu'ils reçoivent pour leur consommation. Lors donc qu'un aubergiste tombe en faillite ou en déconfiture, les fournitures de subsistances seront privilégiées pour la part qui est consommée par l'aubergiste et sa famille; le reste de la créance des fournisseurs sera chirographaire. Il en est de même des fournitures faites aux maîtres de pension. C'est l'opinion générale, et nous n'y voyons aucun doute (2).

(1) Voyez, en sens divers, Valette, p. 40; Martou, t. II, p. 79, n° 378; Aubry et Rau, t. III, p. 135, et note 28, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Voyez les autorités citées par Pont, t. I, p. 66, n° 92, et par Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 216).

374. L'article 19 porte que les fournitures de subsistances sont privilégiées *pendant les six mois*; la phrase est incomplète, mais elle est complétée par le paragraphe qui suit immédiatement : « Les six mois sont ceux qui précèdent la mort, la faillite ou la déconfiture. » Il y avait controverse, sous le code, sur le point de savoir à quel moment précis il fallait fixer la déconfiture, qui n'est pas, comme la faillite, déclarée par un jugement; la loi nouvelle a fait cesser ces doutes en s'attachant à l'époque où l'insolvabilité devient notoire, c'est-à-dire à la saisie du mobilier (1).

375. La loi ne nomme pas le créancier; ce qui est très-logique, puisque ce n'est pas à la personne que le privilége est accordé, c'est à la qualité de la créance. Il n'en était pas de même du code civil : il accordait le privilége aux *marchands*, en distinguant, quant à l'étendue de la créance privilégiée, entre les marchands en gros et les marchands en détail; la loi nouvelle ne fait plus cette distinction, et comme elle ne parle pas de marchands, il faut décider que le privilége peut être exercé par tous ceux qui fournissent les subsistances; tandis que les interprètes du code Napoléon exigent que les fournitures soient faites par des marchands (2).

376. Le code civil accordait le privilége des fournitures de subsistances aux maîtres de pension qui fournissent les aliments à leurs pensionnaires. Ce privilége n'a pas été maintenu par la loi belge.

§ V. *Dispositions générales.*

377. Le privilége est l'accessoire de la créance. De là suit qu'il s'éteint par l'extinction de l'obligation principale (art. 107; code civil, art. 2180). La prescription est un des modes d'extinction des obligations. Lors donc que la créance privilégiée est prescrite, le créancier ne peut plus exercer le privilége qui y était attaché. Il est vrai que le

(1) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 136, note 32, § 260.
(2) Martou, t. II, p. 80, n° 381. Aubry et Rau, t. III, p. 136, note 35, § 260.

débiteur peut renoncer à la prescription, mais il n'y peut pas renoncer au préjudice des autres créanciers; l'article 2225 dispose que les créanciers peuvent opposer la prescription, encore que le débiteur y renonce.

Ce principe s'applique sans difficulté, en matière de priviléges, quand il s'agit de la prescription ordinaire de trente ans. Outre cette prescription, il y a des prescriptions particulières de six mois et d'un an (art. 2271 et 2272). Il y a ceci de spécial à ces courtes prescriptions, c'est que les créanciers auxquels elles sont opposées peuvent déférer le serment à ceux qui les opposent, sur la question de savoir si la chose a été réellement payée (art. 2275). On ne peut donc pas dire que la créance est éteinte par la prescription de six mois ou d'une année, elle ne l'est que lorsque le débiteur a prêté le serment qu'il a payé la dette.

On demande si ce principe reçoit son application en matière de privilége. L'affirmative, à première vue, ne paraît pas douteuse, puisque la loi est générale. Il y a cependant controverse, et le doute naît des dispositions de l'article 19 (code civil, art. 2101). La loi semble mettre les priviléges généraux en rapport avec la courte prescription des articles 2271 et 2272, en ce sens qu'elle limite la durée du privilége au temps déterminé pour la prescription de la créance. Ainsi elle ne privilégie les créances des médecins que pendant un an, et ce temps d'un an est précisément le délai que l'article 2272 admet pour la prescription de l'action des médecins; la loi semble donc poser en principe que la prescription de l'article 2272 éteint la créance d'une manière absolue, et que c'est pour ce motif que le privilége est limité aux frais de dernière maladie pendant un an. En réalité, le privilége n'est pas subordonné à la prescription. Le privilége des domestiques, ouvriers et commis le prouve. La loi le donne d'abord aux gens de service pour les salaires de l'année échue et ce qui est dû pour l'année courante; ici l'on peut invoquer le principe de la prescription quand les domestiques louent leurs services à l'année; mais le rapport entre le privilége et la prescription cesse lorsque les domestiques sont payés au mois, ce qui n'empêche pas qu'ils aient un privilége pour les salaires de toute l'an-

née échue et ce qui leur est dû sur l'année courante. Quant au salaire des ouvriers, il n'y a plus aucun rapport entre l'étendue du privilége et la durée de la prescription, puisque celle-ci est de six mois (art. 2271), tandis que le privilége n'est donné que pour un mois.

Notre conclusion est qu'il résulte du texte même de la loi que l'étendue des priviléges généraux n'est pas subordonnée à la durée de la prescription. De là suit que les principes qui régissent les courtes prescriptions restent applicables aux créances privilégiées de l'article 19; la prescription n'opère donc pas d'une manière absolue. Le domestique réclame son privilége pour un an et onze mois; on lui oppose la prescription de six mois établie par l'article 2271; il pourra déférer le serment au maître sur le point de savoir si les salaires ont été payés. C'est le droit commun, et la loi n'y déroge point (1).

378. Les créances de l'article 19 ne sont plus privilégiées sur les immeubles, comme elles l'étaient d'après le code civil (n° 319). Toutefois la loi leur donne un droit éventuel sur le prix provenant de la vente des immeubles. L'article 19 porte, à la fin : « Lorsque la valeur des immeubles n'a pas été absorbée par les créances privilégiées ou hypothécaires, la portion du prix qui reste due est affectée de préférence au payement des créances énoncées au présent article. » Nous avons déjà dit le motif de cette préférence. L'intérêt des tiers créanciers hypothécaires s'oppose à ce que le prix des immeubles qui leur servent de garantie soit absorbé par les créanciers privilégiés sur les meubles, et l'intérêt des tiers se confond avec l'intérêt général; mais lorsque les créanciers hypothécaires sont désintéressés et qu'il reste un reliquat, rien ne s'oppose à ce que les créanciers privilégiés soient préférés, sur le reliquat, aux autres créanciers chirographaires; le prix des immeubles, quand les dettes hypothécaires sont payées, est versé dans la masse chirographaire; or, à l'égard des créances simplement personnelles, les priviléges méritent la préférence.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 136, et note32, § 260. Comparez Valette p. 35, n° 33, et Pont, t. I, p. 62, n° 86.

Il suit de là que les créanciers privilégiés sur la généralité des meubles conservent une partie du privilége que leur donnait le code Napoléon; ils ne priment plus les créanciers hypothécaires, mais ils priment encore les créanciers chirographaires sur le prix des immeubles hypothéqués, quand ce prix n'est pas absorbé par les créanciers hypothécaires (1).

ARTICLE 2. Des priviléges sur certains meubles.

§ Ier. *Privilége du bailleur.*

N° 1. A QUI LE PRIVILÉGE APPARTIENT-IL?

379. Les priviléges ne sont pas accordés à la personne, ils sont attachés à la qualité de la créance. Voilà pourquoi l'article 20, n° 1, ne répond pas directement à notre question; il ne dit pas à qui le privilége appartient, il dit quelle est la créance privilégiée : ce sont « les loyers et fermages, les réparations locatives et tout ce qui concerne l'exécution du bail. » En un mot, la loi privilégie les créances qui naissent du bail; et c'est à celui qui a droit à ces créances qu'appartient le privilége, donc au bailleur. Quelle est la qualité de la créance qui donne au bailleur le droit d'être préféré aux autres créanciers?

Grenier, dans son rapport au Tribunat, répond en termes généraux à notre question; il dit que les priviléges spéciaux sont fondés sur deux principes. Le premier principe est que, lorsque la chose frappée du privilége doit son existence au créancier, la créance sur cet objet est naturellement privilégiée; car, sans cette créance, l'objet grevé du privilége ne se serait point trouvé dans le patrimoine du débiteur et n'aurait pu devenir le gage de ses créanciers; si donc ceux-ci en profitent, c'est grâce au créancier qui l'a mise dans le patrimoine du débiteur commun; il est juste que, pour une créance qui profite à tous, il soit aussi préféré à tous, sinon la masse s'enrichirait à ses dépens; ce qui serait contraire à l'équité. Le second principe est que

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 81, n° 384.

toutes les fois que, par la nature des choses, un objet a dû nécessairement être regardé comme le gage d'une créance le créancier doit être assimilé à un créancier gagiste; c'est un gage légal que le créancier tient de la volonté tacite des parties contractantes; et il est de l'essence de tout gage d'offrir une sûreté spéciale à celui qui en est nanti, c'est-à-dire un droit de préférence à l'égard des autres créanciers (1).

Ces deux principes reçoivent leur application au privilége du bailleur. Il porte, aux termes de la loi, sur les fruits de la récolte de l'année et sur tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme. Quant aux fruits de l'année, ils sont frappés du privilége parce qu'ils sont un produit du sol, et le sol appartient au bailleur; c'est donc la chose du créancier qui a produit les fruits dont profitera le patrimoine du débiteur; il est juste que sur ces fruits le bailleur soit préféré aux autres créanciers, puisque, sans le bail, les fruits ne seraient pas devenus leur gage. Quant au mobilier qui garnit la maison ou la ferme, il sert de garantie au créancier en vertu du gage tacite qui résulte de la nature de la convention. Le bailleur, d'ordinaire, ne connaît pas le preneur, et celui-ci, le plus souvent, serait dans l'impossibilité de fournir caution, et bien moins encore des sûretés réelles. Il faut donc une autre garantie au propriétaire, sinon il ne traitera point, ou il traitera à des conditions désavantageuses pour le preneur, afin de se dédommager des risques qu'il court. Il y a une sûreté que la nature des choses indique, c'est celle qu'offre le mobilier du locataire et du fermier; le gage tacite consiste donc en ceci, c'est que le preneur donne ses meubles au bailleur en gage des obligations qu'il contracte. Ce privilége, utile aux deux parties contractantes, est juste en ce qui concerne les créanciers, car leur débiteur a besoin d'une habitation pour y exercer le commerce, l'industrie ou la profession qui le mettent en état de payer les dettes qu'il contracte. En l'absence de ce gage, les conditions du bail seraient onéreuses pour le débiteur et, par suite, pour ses créanciers. Ceux-ci

(1) Grenier, Rapport n° 17 (Locré, t. VIII, p. 258).

sont donc intéressés à ce que le bailleur ait une garantie dans le mobilier.

380. Tout bail ne donne pas un privilége au bailleur; la loi ne privilégie que les loyers et fermages d'un immeuble; le bail des meubles n'engendre pas de privilége. Ces baux sont moins importants que les baux d'immeubles, et ils avaient surtout peu d'importance à l'époque où le code civil a été rédigé; c'est à peine si les auteurs du code en parlent. Le législateur belge a maintenu, sous ce rapport, le droit traditionnel, sans doute parce qu'il importe de ne pas trop multiplier les causes de préférence. Or, le privilége du bailleur est un des plus usuels et aussi un des plus considérables; si on l'avait étendu au bail des meubles, c'eût été une cause de préjudice pour les créanciers chirographaires. Le bail des immeubles même leur devient préjudiciable, à tel point que le législateur français s'est vu obligé de le restreindre; nous reviendrons sur ce point en traitant de l'étendue du privilége que la loi accorde au bailleur.

La jurisprudence a fait l'application de ces principes. Cession d'un bail. Le cédant loue en même temps pour quatre années les machines qui garnissaient le bâtiment et servaient à une filature dite de fantaisie, machines qui étaient la propriété du cédant. Celui-ci invoqua le privilége du bailleur pour le payement du loyer, y compris celui des machines. La cour de Grenoble a très-bien jugé que, dans l'espèce, les machines étaient meubles, puisqu'elles n'étaient pas attachées à l'usine par le propriétaire; le bail, en ce qui concerne les machines, était donc un bail de meubles, lequel ne donne point de privilége au bailleur (1).

Quand les objets mobiliers ont été immobilisés par destination agricole ou industrielle, ils sont compris dans le bail de l'immeuble et, par conséquent, tout le loyer, y compris celui des machines, est garanti par le privilége que la loi accorde au bailleur. Mais il arrive aussi que le bail d'une chose mobilière est le principal et que l'immeuble est l'accessoire : tel est le bail des forces motrices, qui

(1) Grenoble, 20 février 1843 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 220, 1°).

jouent un si grand rôle dans l'industrie. L'objet principal de la convention est de fournir au preneur la force motrice nécessaire pour faire mouvoir ses machines. Si, outre la force motrice, le bailleur fournit au locataire le local dans lequel la force motrice doit être utilisée, pourra-t-il réclamer le privilége pour le loyer de la force motrice? Le tribunal de commerce de la Seine s'est prononcé pour la négative, et avec raison, car l'accessoire ne peut pas déterminer la nature du principal. Dans l'espèce, les clauses mêmes du bail prouvaient que les bâtiments n'étaient qu'un accessoire; le prix de la location était payable seulement après chaque jour de travail effectué; il n'était dû aucun loyer pour le bâtiment, aucune indemnité dans le cas où la machine à vapeur aurait cessé de fonctionner et de fournir la force motrice pendant un temps plus ou moins long, bien que l'atelier fût toujours occupé par le locataire; ce n'est donc pas l'atelier qui faisait l'objet du bail, c'était la force motrice (1).

381. La loi ne définit pas les *immeubles* dont le bail engendre le privilége; il s'ensuit que tout bail d'immeubles donne un privilége au bailleur, pourvu qu'il se trouve, sur les lieux loués, des objets sur lesquels le privilége puisse s'exercer. Il va de soi qu'il ne peut pas y avoir de privilége s'il n'y a point d'objets mobiliers qui en soient grevés. La difficulté s'est présentée dans l'espèce suivante. A l'occasion d'une fête de la Vierge, à Marseille, un terrain vague fut loué pour y construire un échafaudage destiné à recevoir les curieux. Le preneur fit de mauvaises affaires; il ne paya pas son loyer; de là un débat judiciaire sur le privilége que le bailleur réclama. Le tribunal de première instance le lui refusa, par la raison que les terrains vagues, qui avaient été l'objet du bail, ne dépendaient ni d'une maison ni d'une ferme; il en concluait qu'il ne pouvait y avoir de priviléges pour loyers et fermages. C'était mal raisonner. Il est vrai que la loi, en parlant des objets grevés du privilége, parle du prix de tout ce qui garnit la *maison louée* ou la *ferme;* mais de là on ne doit pas induire

(1) Jugement du 20 avril 1871 (Dalloz, 1873, 3, 40).

que le privilége n'est accordé que pour le bail d'une maison d'habitation ou pour le bail d'une exploitation agricole; le principe est posé au commencement de l'article 20 en ces termes : « Les loyers et fermages des *immeubles*. » Donc tout bail d'immeuble peut donner lieu à un privilége, bien qu'il ne serve ni à l'habitation des personnes ni à l'exploitation des terres, pourvu qu'il y ait des objets qui garnissent la chose louée : tel serait un magasin ou des écuries. Dans l'espèce, il fallait donc voir s'il y avait des objets sur lesquels le privilége pût s'exercer. La cour d'Aix a réformé, sur ce point, la décision du premier juge; l'échafaudage était chose mobilière et *garnissait* la chose louée, dans le sens large que la doctrine et la jurisprudence donnent à cette expression; donc tous les éléments du privilége existaient. Si la cour le refusa néanmoins au bailleur, c'est parce que celui-ci savait, au moment du contrat, que les bois qui devaient servir à l'échafaudage n'appartenaient pas au preneur; dès lors il ne pouvait avoir de privilége : c'est l'application des principes que nous exposerons plus loin (1).

382. Qui a droit au privilége? Celui qui a droit à la créance des loyers et fermages et autres obligations résultant du bail : donc le bailleur. Il est vrai que la loi se sert du mot *propriétaire* pour désigner le créancier privilégié, mais de là on aurait tort d'induire que le privilége n'appartient qu'à celui qui a la propriété de la chose louée. Le privilége n'est pas accordé à raison du droit de propriété et comme faveur dont la loi la ferait jouir; il est accordé au bail, et à raison de la faveur que mérite le bail (n° 379); or, le bail peut être consenti par d'autres personnes que le propriétaire; le simple possesseur, l'usufruitier, le preneur lui-même peuvent donner à bail; et dès qu'il y a bail, les droits qui en naissent sont munis d'un privilége. Si la loi parle du propriétaire, c'est que d'ordinaire le bailleur est propriétaire. Il ne peut y avoir aucun doute sur ce point; ce serait chose absurde que de refuser le privilége de bail

(1) Aix, 30 mars 1865 (Dalloz, 1866, 2, 9). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 140, note 11, § 261.

à ceux qui sont bailleurs, alors que la cause du privilége se trouve dans le bail. L'article 819 du code de procédure met sur la même ligne les locataires principaux et les propriétaires en ce qui concerne l'exercice du privilége des loyers et fermages; si le preneur qui sous-loue a le privilége; à plus forte raison le possesseur et l'usufruitier doivent-ils l'avoir. C'est l'opinion unanime des auteurs (1).

383. Il y a une condition requise pour que le bailleur puisse exercer son privilége, c'est qu'au moment où il agit il possède encore la qualité à raison de laquelle la loi lui donne la préférence sur les autres créanciers. Cette qualité, comme l'explique le rapporteur du Tribunat (n° 379), est celle du possesseur gagiste; c'est en vertu d'un gage tacite ou légal que la loi donne un privilége au bailleur; or, la possession est de l'essence du privilége attaché au gage; le créancier le perd dès qu'il cesse de posséder (art. 2076). Ce qui est vrai du gage conventionnel l'est aussi du gage tacite en vertu duquel le bailleur a un privilége.

Le code de procédure confirme cette interprétation. Il donne au propriétaire ou au locataire principal le droit de saisir-gager les effets mobiliers grevés du privilége; et il ajoute que lesdits bailleurs peuvent aussi saisir les meubles qui garnissaient la maison ou la ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans leur consentement. Cela suppose que les bailleurs sont en possession des effets, en ce sens qu'ils se trouvent dans les lieux loués; quand ils ont été déplacés, ils peuvent les revendiquer et les faire remettre dans la maison ou la ferme; ce qui implique qu'ils conservent sur les lieux loués le droit en vertu duquel ils les ont donnés à bail. Cela répond encore à l'objection que l'on pourrait faire en se fondant sur le droit de suite dont jouit le bailleur. Le privilége est un droit réel; c'est en vertu de ce droit réel que le bailleur peut suivre les effets mobiliers, qui en sont affectés, entre les mains de tout tiers possesseur; or, le droit réel ne se perd point par la vente de la chose sur laquelle il est établi; donc, dit-on, le bailleur

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 138, note 3, § 261.

peut exercer son droit de suite, une fois que le droit réel de privilége a pris naissance. Nous répondons que le principe que l'on invoque n'est pas applicable aux droits réels qui sont attachés à la possession. Le gage conventionnel est un droit réel donnant un privilége; mais le droit réel ainsi que le privilége se perdent du moment que le créancier gagiste cesse de posséder; il en est de même du privilége qui appartient au bailleur; seulement la loi lui permet, sous les conditions qu'elle détermine, de faire réintégrer les effets mobiliers dans les lieux loués, quand ils ont été déplacés sans son consentement, afin qu'il puisse exercer son privilége sur ces effets. La doctrine est en ce sens ainsi que la jurisprudence (1), sauf un arrêt de la cour de Caen, qu'il est inutile de combattre, puisque les principes que la cour a méconnus sont certains.

Cependant il ne faut pas donner à ces principes une portée et des conséquences qui seraient en opposition avec les droits du bailleur. La cour de Paris a très-bien jugé que si le propriétaire a formé une saisie-gagerie sur les meubles de son locataire, il conserve le droit de donner suite à la saisie et de vendre les effets mobiliers saisis-gagés, quand même l'immeuble loué serait aliéné. En effet, en pratiquant la saisie-gagerie tant qu'il était en possession, le bailleur a exercé son privilége; il doit avoir le droit de continuer la procédure jusqu'à la vente, par application du principe que tout demandeur doit obtenir par le jugement ce qu'il aurait obtenu si la contestation avait été vidée immédiatement. Il n'y a pas, il est vrai, de procès, dans l'espèce, mais il y a une procédure faite en justice; ce qui revient au même. De là suit que du moment qu'il y a saisie, le droit au prix des meubles saisis est acquis au bailleur (2).

N° 1. QUELLES SONT LES CRÉANCES PRIVILÉGIÉES?

384. D'après l'article. 20, n° 1, sont privilégiés les

(1) Voyez les autorités dans Martou, t. II, p. 91, n° 389, et dans Aubry et Rau, t. III, p. 138, note 4, § 261.
(2) Paris, 5 novembre 1846 (Dalloz, 1848, 2, 96).

loyers et fermages, les réparations locatives et toutes les créances qui concernent l'exécution du bail.

I. *Des loyers et fermages.*

1. DROITS DU BAILLEUR.

385. Le privilége ne garantit pas toujours tous les loyers et fermages qui peuvent être dus au bailleur. D'après notre loi hypothécaire, il faut distinguer d'abord les loyers échus et les loyers non échus.

Les loyers échus sont privilégiés pour deux années s'il s'agit d'une maison, et pour trois années s'il s'agit d'une ferme. Pourquoi la loi ne privilégie-t-elle pas tous les loyers et fermages qui sont échus, quand le preneur tombe en déconfiture ou en faillite? Sous l'empire du code civil, tous les loyers et fermages échus étaient privilégiés lorsque le bail était authentique ou avait date certaine, et même, d'après quelques auteurs et la jurisprudence de la cour de cassation, dans le cas où le bail n'avait pas date certaine (1). Dans cette doctrine, le privilége garantissait la créance entière, parce qu'elle était certaine, et, par sa qualité, cette créance primait toutes les autres. Cela est très-logique, si l'on ne prend en considération que les droits du créancier privilégié ; il est certain que la qualité de la créance ne change point d'après sa date; si six ans ans sont dus, le loyer des quatre premières années a la même qualité que le loyer des deux dernières, donc tous les loyers doivent jouir de la même préférence. Mais, en matière de priviléges, le législateur doit tenir compte, non-seulement de l'intérêt du créancier privilégié, il doit aussi avoir égard à l'intérêt de la masse chirographaire. Quand la loi privilégie une créance, elle suppose que le privilége est le seul moyen pour le créancier d'obtenir son payement intégral. Si un créancier n'est pas payé par suite de sa négligence, il ne mérite plus le privilége que la loi attache à sa créance, car il est en faute; et si, malgré cette faute, il était préféré aux autres créanciers, ceux-ci supporteraient

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 143, notes 26 et 27, § 261.

les conséquences d'une faute qui leur est étrangère, et le créancier privilégié jouirait d'une faveur injuste, puisque cette faveur lui serait accordée par suite de la négligence qu'il a mise à poursuivre son débiteur. Quand donc une créance consiste en annuités, la loi ne doit privilégier que celles qui peuvent être dues au créancier sans qu'il y ait une négligence à lui reprocher. C'est ce que fait notre loi hypothécaire pour les loyers et fermages. Régulièrement ces dettes se payent annuellement. Dès que le preneur est en retard, il y a crainte d'insolvabilité; dès lors le bailleur est coupable de négligence, s'il laisse jouir le preneur sans exiger le payement de ce qu'il doit; et il ne peut se prévaloir de sa faute pour se faire payer par préférence aux autres créanciers.

Reste à fixer la limite à laquelle commence la négligence légale. Toutes les limites que la loi établit sont plus ou moins arbitraires. Celles que l'article 19 détermine se justifient par l'expérience. Un locataire peut être en retard de payer ses loyers, sans être insolvable; une crise industrielle lui enlève ou diminue momentanément ses revenus ou ses bénéfices; ce n'est pas une raison pour que le bailleur saisisse immédiatement les meubles qui garnissent la maison; ce serait agir contre son intérêt et contre l'intérêt des créanciers, puisque, en poursuivant à outrance un locataire qui est dans la gêne, il peut le ruiner; ce qui compromettra l'existence du bail et le payement des loyers à échoir; tandis qu'en patientant, les affaires du preneur peuvent se rétablir, il obtiendra ainsi le payement de ce qui lui est dû et il conservera un bon locataire. En conséquence, la loi lui permet d'attendre deux ans sans perdre son privilége; mais quand il laisse le locataire en jouissance pendant une troisième année, sans exiger son payement, il est plus que négligent, et il le serait aux dépens des autres créanciers de son débiteur si, malgré sa négligence, il conservait son privilége à leur égard. Lorsqu'il s'agit d'un bail à ferme, la loi se montre plus indulgente, elle privilégie les trois dernières années. La raison en est qu'un fermier peut avoir éprouvé des pertes pendant plusieurs années de suite; l'humanité exige alors que le propriétaire patiente, et son

intérêt est d'accord avec le devoir que l'humanité lui impose; expulser le fermier malheureux serait un mauvais moyen d'être payé, et un mauvais moyen encore de trouver un nouveau fermier, car les accidents de la nature peuvent frapper les plus diligents et les plus capables.

Les motifs que nous venons d'exposer ont été donnés en substance dans le rapport de la commission spéciale qui a préparé la loi hypothécaire et par le rapporteur de la chambre des représentants, M. d'Anethan. Le rapporteur de la commission du sénat ajoute une autre considération, c'est qu'en privilégiant tous les loyers et fermages échus, on favorise la fraude que le bailleur, de complicité avec le preneur, commettrait au préjudice de la masse chirographaire, en supprimant les quittances : diminuer le nombre d'années privilégiées, c'est diminuer les chances de fraude (1).

386. Quant aux loyers non échus, il y a une nouvelle distinction à faire. Les loyers ou fermages sont privilégiés pour l'année courante, ainsi que pour celle qui suivra. Pour les loyers non échus, il ne peut plus s'agir de négligence du bailleur; mais on peut encore craindre une collusion frauduleuse entre le bailleur et le preneur, afin de donner au bail une durée plus longue que celle qu'il a en réalité. La loi ne devait donc privilégier que les créances certaines. L'année courante est certaine en ce sens que la possession est certaine, mais il reste incertain quand elle a commencé; la loi n'exige cependant pas que l'origine du bail soit constatée par un acte ayant date certaine; elle n'exige même aucun acte, pas plus pour l'année courante que pour les années échues. C'est naturellement au bailleur qui réclame le privilége à prouver l'existence de la créance, et il va aussi de soi que les autres créanciers sont admis à contester la réclamation. La loi gardant le silence, les parties restent sous l'empire du droit commun en ce qui concerne la preuve.

L'article 19 accorde aussi un privilége à l'année qui suit l'année courante. On suppose qu'il y a un bail, que le bail-

(1) Voyez les Rapports dans Parent, p. 34, 123 et 403.

leur prétend fait pour un temps qui dépasse l'année courante. Cette prétention est incertaine, puisque la loi n'exige pas d'acte ayant date certaine; mais elle est au moins probable, puisque les baux à loyer ou à ferme se font régulièrement pour neuf ans. La loi se contente de cette probabilité pour une année, à partir de la fin de l'année courante.

Quant aux années suivantes, la loi les comprend sous l'expression de *tout ce qui est à échoir*; elle accorde un privilége au bailleur, de ce chef, si les baux sont authentiques, ou si, étant sous signature privée, ils ont une date certaine. Le danger de la fraude justifie cette condition. Un bail verbal ou un bail sous seing privé sans date certaine n'a point de durée certaine, les parties pouvant s'entendre facilement pour antidater l'acte ou le postdater, et pour déclarer une durée qui n'est point véritable. Afin d'empêcher que le bail ne soit prolongé en fraude de la masse, la loi exige un bail authentique; et si les parties ont rédigé un acte sous seing privé, la loi veut que l'acte ait acquis date certaine. Sans doute, malgré l'authenticité et l'enregistrement, la convention peut être frauduleuse; la durée assignée au bail peut être vraie, mais convenue en fraude des autres créanciers, à un moment où l'on pouvait déjà prévoir la déconfiture ou la faillite; dans ce cas, les créanciers peuvent attaquer le bail par l'action paulienne (art. 1167).

Si le bail est authentique ou s'il a une date certaine, la loi privilégie tous les loyers à échoir, parce que, dans ce cas, la créance du bailleur est certaine; et le privilége, en principe, garantit tous les loyers. Ce n'est pas à dire que le bailleur puisse toujours réclamer tous les loyers à échoir. Le privilége, il ne faut pas l'oublier, suppose l'insolvabilité du débiteur, le concours des créanciers, la vente des biens et, par suite, l'anéantissement du gage que le bailleur avait dans le mobilier qui garnissait les lieux loués. La convention, dans ce cas, est rompue au préjudice du bailleur; or, le privilége a pour objet de garantir l'exécution de la convention; il est donc juste que le bailleur puisse se faire payer d'avance les loyers non échus. Nous dirons

plus loin comment la loi concilie le droit du bailleur avec l'intérêt des autres créanciers.

Si le bail n'est pas authentique, ou si, étant sous seing privé, l'acte n'a pas acquis date certaine, le bailleur n'a plus de privilége pour les loyers à échoir ; le privilége n'est accordé, dans ce cas, que pour l'année courante et celle qui suivra. La durée du bail étant incertaine, la loi n'a pas pu privilégier des loyers qui peuvent ne pas être dus.

387. La différence est donc grande entre le cas où le bail est authentique ou sous seing privé ayant date certaine et le cas où le bail est verbal ou sans date certaine. Comment le bail acquiert-il date certaine? On applique le droit commun, puisque la loi n'y déroge point ; régulièrement le bail acquerra date certaine par l'enregistrement ; la date peut aussi, d'après l'article 1328, devenir certaine par la mort de l'un de ceux qui ont souscrit l'acte, ou du jour où la substance du bail sous seing privé est constatée dans un acte reçu par un officier public. Pour que le bailleur ait le privilége que la loi lui accorde à raison de la date certaine de l'acte, il faut que la date soit certaine avant la déconfiture ou la faillite (1). La déconfiture n'est pas déclarée par jugement ; de là une difficulté sur le point de savoir à partir de quel moment elle existe. Nous croyons qu'il faut appliquer, par analogie, ce que la loi dit des priviléges généraux sur les meubles, qui ne sont accordés que pour une certaine époque antérieure à la déconfiture ; l'article 19 dispose qu'il y a déconfiture à partir de la saisie du mobilier, c'est-à-dire à partir du moment où l'insolvabilité est devenue notoire ; cette notoriété équivaut à une déclaration de la justice ; et l'on conçoit qu'à partir de ce moment l'un des créanciers ne puisse plus acquérir un droit de préférence au préjudice des autres, en enregistrant un bail qui légalement est censé n'exister, à l'égard des tiers, que depuis la déconfiture publique du débiteur. Quant à la faillite, l'article 19 se sert, pour indiquer le moment où elle existe, du mot *dessaisissement* ; cela est en harmonie avec la loi sur les faillites, aux termes de laquelle le failli est

(1) Valette, p. 68. Aubry et Rau, t. III, p. 145, § 261.

cite dans son arrêt, porte que les actes qui ne rentrent pas dans ceux que la loi déclare nuls de plein droit, *pourront* être annulés, si les tiers avaient connaissance de la cessation de payements. Même ainsi expliquée, la décision de la cour suprême soulève un doute. L'article 446 suppose un acte passé par le débiteur avec un tiers; or, l'enregistrement n'est pas un acte, une convention, c'est une simple publication de l'acte, dans le but de lui donner date certaine. Ne doit-on pas assimiler l'enregistrement à l'inscription d'une hypothèque, qui peut toujours être faite jusqu'au jour déclaratif de la faillite (art. 447)? Non, il y a une différence et elle est décisive. L'hypothèque, on le suppose, était acquise avant la cessation de payements, et comme elle ne peut résulter que d'un acte authentique, il est prouvé authentiquement que le créancier avait un droit antérieur à la cessation de payements : l'inscription n'est qu'une formalité pour rendre le droit public. Il n'en est pas de même de l'enregistrement d'un bail sous seing privé; le bail n'existe dans ce cas, à l'égard des tiers, qu'à partir de l'enregistrement; il n'est donc pas prouvé que le bail soit antérieur à la cessation de payements, quand même il porterait une date antérieure. Dès lors ce n'est pas seulement l'enregistrement, c'est la convention elle-même qui serait postérieure à la cessation de payements; partant, elle tombe sous l'application de l'article 446.

389. La tacite réconduction doit-elle être considérée, au point de vue du privilége du bailleur, comme un bail ayant date certaine? A première vue, on pourrait croire qu'il suffit de poser la question pour la résoudre. En effet, le mot même indique que la réconduction tacite se fait sans écrit; donc, légalement parlant, elle ne peut pas avoir de date certaine, les dispositions de l'article 1328 ne pouvant pas recevoir d'application. Toutefois nous croyons que le bailleur aurait privilége pour tous les loyers à échoir. Pourquoi la loi exige-t-elle l'authenticité ou la date certaine pour que les loyers soient privilégiés? Parce que la créance du bailleur ne devient certaine que lorsque le bail est authentique ou qu'il a date certaine. Cela suppose des baux dont les parties peuvent prolonger la durée en fraude

des autres créanciers. Or, la tacite réconduction a une durée fixée par la loi, qui écarte toute possibilité de fraude. La créance est donc certaine, plus certaine que lorsque le bail est authentique ou qu'il a reçu date certaine, car les parties peuvent agir en fraude des créanciers, tout en traitant par écrit; or, dès que la créance est certaine, le bailleur doit jouir du privilége que la loi y attache. On objecte que le texte de l'article 20 n'est pas applicable, puisqu'il n'y a pas d'acte authentique ni d'acte sous seing privé ayant date certaine. Nous répondons que l'authenticité et la date certaine ne sont qu'un moyen de prouver la durée du bail; si cette durée est établie d'une manière plus certaine par la loi, le but est atteint, la preuve existe, irréfragable, et la durée du bail étant constatée avec une certitude absolue, il faut dire que le privilége existe pour toute la créance (1).

389 *bis*. Quand le bailleur exerce son privilége pour les loyers à échoir, les autres créanciers ont le droit de *relouer* la maison ou la ferme, pour le restant du bail, et de faire leur profit des baux et fermages, à la charge de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû. Ce sont les termes de l'article 19; le législateur belge les a empruntés au code Napoléon (art. 2102, 1°). Le droit de relocation, corrélatif du droit que le bailleur exerce pour les loyers à échoir, donne lieu à de grandes difficultés; la solution que la cour de cassation leur a donnée est contestable. En France, la jurisprudence de la cour suprême a soulevé des réclamations si unanimes et si vives de la part du commerce, que l'on a été obligé de faire une loi qui déroge au code Napoléon, tel que la cour de cassation l'interprétait; nous disons la cour de cassation, car il y avait conflit entre les cours d'appel et la cour suprême. Quoique ces questions semblent ne concerner que le droit commercial, nous sommes obligé de les traiter, car il s'agit de l'interprétation d'une loi civile, et nos lecteurs nous sauraient mauvais gré si nous négligions d'examiner des difficultés qui ont jeté un trouble profond dans les relations commerciales en France, difficultés inévitables quand des

(1) Troplong, n° 157. En sens contraire, Martou, t. II, p. 93, n° 393.

crises industrielles, des révolutions ou des guerres multiplient les faillites, comme cela est arrivé en France, à la suite de la guerre désastreuse de 1870.

390. Les difficultés que nous allons examiner ne concernent que la faillite, elles sont étrangères à la déconfiture. Cela doit déjà paraître assez étrange. La loi belge de même que le code Napoléon ne parlent ni de déconfiture ni de faillite; seulement les articles 2102, C. c. et 20 l. hyp. supposent qu'il y a concours de créanciers et conflit entre le bailleur réclamant son privilége pour les loyers à échoir, et la masse qui est obligée de supporter cette charge. Pour qu'il y ait lieu à l'exercice du privilége pour les années à échoir, et, par suite, au droit de relocation par la masse, il faut donc qu'il y ait déconfiture ou faillite. La loi le suppose, et elle suppose aussi que les mêmes principes s'appliquent à la faillite et à la déconfiture, puisqu'elle n'établit aucune différence entre l'insolvabilité du débiteur commerçant et celle du débiteur non commerçant. Ceci est un point considérable dans notre débat. Là où la loi ne distingue pas, l'interprète n'a pas le droit de distinguer, à moins que la nécessité de la distinction ne résulte des principes mêmes qu'elle établit.

391. La déconfiture et la faillite mettent-elles fin au bail? Il est certain que le bail n'est point résilié de plein droit; il faudrait une loi pour cela, et aucune loi ne prononce la résiliation du bail pour cause de faillite ou de déconfiture. Il y a cependant des arrêts qui supposent que le bail est résilié quand le locataire tombe en déconfiture ou en faillite (1). Le bail ne prenant pas fin de plein droit, il faudrait un jugement pour le déclarer résilié; or, le juge ne peut prononcer la résiliation que dans les cas et pour les causes prévus par la loi. La question est donc celle-ci : y a-t-il une loi qui autorise le bailleur à demander la résiliation du bail par cela seul que le locataire est tombé en déconfiture ou en faillite? Non. Les parties restent donc sous l'empire du droit commun. Or, d'après les principes qui régissent les conventions bilatérales, il n'y a lieu à ré-

(1) Rennes, 8 mai 1850 (Dalloz, 1851, 1, 238).

solution du contrat que lorsque l'une des parties ne satisfait point à ses engagements (art. 1184) : l'article 1741 applique ce principe au bail. Peut-on dire que le locataire qui fait faillite ou qui devient insolvable n'exécute pas ses obligations? Non, à moins qu'il ne cesse de payer ses loyers, ou qu'il ne dégarnisse les lieux des meubles qui servent à la garantie du propriétaire. C'est seulement dans ces cas que le bailleur peut agir en résiliation du bail.

Tel est le droit commun. Il n'y est pas dérogé au titre des *Priviléges* ni par la loi hypothécaire. Que disent les articles 2102 du code civil et 20 de la loi belge? Que le bailleur peut exercer son privilége pour les loyers à échoir; cela suppose que ces loyers sont dus; or, ils ne le sont que si le bail est maintenu; donc le privilége implique que le bail n'est point résilié. Le bailleur peut demander la résiliation si le preneur ne remplit pas ses engagements. S'il la demande, il perd son droit sur les loyers à échoir, et, par suite, son privilége; car il ne peut y avoir de loyer sans bail, ni de privilége sans loyer. Peut-il la provoquer en se fondant sur ce que la faillite et la déconfiture diminuent les garanties morales que présentait le locataire? Non, ce n'est pas là une cause de résiliation; tant que le preneur paye et qu'il ne dégarnit pas les lieux loués, il n'y a pas lieu à résolution du bail (1).

392. La cour de cassation établit un autre principe. Elle dit que la faillite donne au bailleur le droit ou d'agir en résolution ou de demander les loyers à échoir, avec privilége sur le prix de ce qui garnit la maison louée ou la ferme. Cela ne nous paraît pas exact. D'après ce que nous venons de dire (n° 391), la faillite, par elle-même, n'exerce aucune influence sur le bail. Aucune loi, aucun principe ne disent ce que la cour de cassation affirme, que le bailleur peut agir en résolution quand le preneur tombe en faillite. La cour avoue que si le mobilier du locataire suffit pour le payement des loyers à échoir, le bail continue. Cela prouve que l'on ne peut pas poser comme principe ab-

(1) Delsol, Rapport de la commission sur la loi du 12 février 1872 (Dalloz, 1872, 2, 35).

solu que le bailleur a le droit d'agir en résolution quand le preneur tombe en faillite. Il y a plus. Alors même que le prix du mobilier qui garnit les lieux loués serait insuffisant pour payer les loyers à échoir, il est douteux que le bailleur puisse demander la résiliation du bail. La cour l'affirme; mais la raison qu'elle donne est loin d'être décisive : l'insuffisance du prix, dit-elle, équivaut pour le bailleur à une diminution de garanties, qui l'autorise, en vertu des articles 1184, 1741 et 1752, à demander la résolution du bail (1). Ce serait donc une résolution fondée sur l'inexécution des engagements du preneur. La loi dit que le preneur doit garnir la maison de meubles suffisants (art. 1742). Quel est le sens de cette disposition? Les meubles doivent-ils suffire pour garantir le payement des loyers pendant toute la durée du bail? Cette interprétation rigoureuse de la loi est généralement rejetée (t. XXV, n° 424). Nous l'avons enseignée, mais notre opinion est isolée. On ne peut donc pas établir comme principe certain que le bailleur peut demander la résiliation du bail, en cas de faillite, lorsque le prix des meubles ne suffit point pour payer tous les loyers à échoir; c'est dépasser la loi et les principes. Nous allons voir quel est le droit que la loi donne, dans ce cas, au bailleur.

393. Le preneur tombe en faillite ou en déconfiture. Quel est, dans ce cas, le droit du bailleur? La question est de savoir s'il peut réclamer non-seulement les loyers échus, mais aussi les loyers à échoir. L'article 2102, reproduit par la loi belge (art. 20), lui donne ce droit : le bailleur a un privilége pour tout ce qui est à échoir. Quel est le fondement de ce droit? Quelle en est l'étendue et la portée? Ici est le siége des difficultés très-graves qui se présentent en cette matière. La cour de cassation ainsi que les auteurs disent que les loyers à échoir deviennent exigibles par application de l'article 1188 du code civil et de l'article 450 du code de commerce. Dans cette opinion, le droit du bailleur aux loyers non échus serait une application

(1) Rejet, chambre civile, après délibéré en chambre du conseil, 4 janvier 1860 (Dalloz, 1860, 1, 35).

des principes généraux (1). A notre avis, cela n'est pas exact. L'article 1188 porte que le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ce que la doctrine et la jurisprudence appliquent à la déconfiture; l'article 450 dit, en d'autres termes, la même chose : le jugement déclaratif de la faillite rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues. Peut-on dire que les loyers à échoir soient une de ces dettes à terme qui deviennent exigibles par suite de la déchéance que le débiteur encourt quand il tombe en déconfiture ou en faillite? Cela est au moins très-douteux. Le code civil et le code de commerce supposent que le failli est débiteur sans être créancier; ce sont là les dettes qui figurent au passif du débiteur. Est-ce que le preneur est débiteur, en ce sens, des loyers à échoir, comme l'emprunteur l'est de la somme empruntée? Non, certes. Le bail est un contrat qui se parfait successivement; si le preneur doit les loyers, le bailleur, de son côté, doit la jouissance de la chose, et le preneur ne doit payer les loyers que si le bailleur le fait jouir de la chose louée : c'est ce que dit la définition même du louage des choses. C'est, dit l'article 1709, « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix, que celle-ci s'oblige de lui payer ». Le payement du prix ou des loyers a donc sa cause dans la jouissance que le bailleur doit prester. Cette obligation de faire jouir se parfait successivement, donc l'obligation du preneur aussi est successive. De là suit que la dette des loyers à venir ne peut pas devenir exigible lors de la faillite, car elle ne pourrait le devenir que si l'obligation corrélative du bailleur devenait également exigible; ce qui est une supposition absurde. La cause pour laquelle les loyers sont dus étant successive, il est impossible que le preneur doive les loyers sans que le bailleur preste la jouissance. On peut sans doute stipuler que les loyers seront payés anticipativement, mais, dans ce cas, le payement est condi-

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 97, n° 397. Nous citerons la jurisprudence plus loin.

tionnel, de sorte que si la jouissance n'était point prestée, il y aurait payement indû et, par suite, lieu à répétition.

Notre conclusion est que les loyers ne deviennent pas exigibles par le seul fait de la déconfiture ou de la faillite. Cela est aussi fondé en raison Pourquoi le débiteur est-il déchu du bénéfice du terme quand il tombe en faillite ou en déconfiture? Parce que le créancier n'a traité avec lui qu'en considération de sa solvabilité personnelle; dès lors il doit avoir le droit de résilier le contrat quand le débiteur devient insolvable. Cela est vrai d'un prêteur, cela n'est pas vrai d'un bailleur. Celui-ci traite en vue de la garantie réelle que lui donne le privilége; que lui importe la déconfiture? Il conserve son gage, cela suffit pour sa sûreté; si ce gage devient insuffisant, il peut agir en résiliation du contrat. Ce que nous disons de la déconfiture s'applique à la faillite, puisque l'article 1188 les met sur la même ligne. Donc, en principe, le bailleur n'a pas droit aux loyers à échoir quand le preneur tombe en faillite ou en déconfiture.

394. L'article 2102 (loi hyp., art. 20) n'est donc pas l'application du droit commun quand il donne au bailleur un privilége pour les loyers à échoir, ce qui implique qu'il a le droit de réclamer ces loyers, par préférence aux autres créanciers, sur le prix des objets qui sont grevés du privilége. D'après les principes généraux, le bailleur n'aurait que le droit de se faire payer par préférence les loyers échus, dans la mesure où la loi les privilégie, c'est-à-dire deux ou trois ans, selon qu'il s'agit d'un bail à loyer ou d'un bail à ferme. Quant aux loyers à échoir, comme ils ne peuvent être exigés qu'au fur et à mesure de la jouissance, le bailleur n'y a droit qu'à leur échéance. Rien n'est donc changé à la situation des parties tant que le bailleur conserve son gage. C'est seulement si ce gage devient insuffisant qu'il peut demander la résiliation du bail. Même dans ce cas, il ne peut pas réclamer le payement des loyers non échus, car le preneur ne doit payer les loyers, prix de la jouissance, que lorsque la jouissance a été prestée. Voilà quelle serait la situation des parties contractantes

d'après le droit commun (1). L'article 2102, et, à sa suite, la loi hypothécaire dérogent à ces principes. Puisque c'est une disposition exceptionnelle, exorbitante, il faut la restreindre dans les limites du texte, qui doit être interprété restrictivement. Ici nous rencontrons la cour de cassation, dont la jurisprudence interprète la loi d'après un principe tout à fait opposé. Elle considère l'exigibilité des loyers à échoir comme une application du droit commun, ce qui permet une interprétation extensive; tandis que, dans notre opinion, il s'agit d'une disposition tout à fait exceptionnelle, et, à ce titre, de la plus stricte interprétation.

Pourquoi la loi donne-t-elle au bailleur un privilége pour les loyers à échoir, ce qui implique qu'il peut les réclamer en cas de déconfiture et de faillite du débiteur? Nous venons de dire que ce n'est pas une application du droit commun, c'est une exception, et il n'y a d'autre raison de cette exception que la faveur dont jouit la créance du propriétaire. Il a loué pour un temps déterminé, en comptant sur son privilége; le privilége doit donc lui assurer le payement de toute sa créance. Or, en cas de déconfiture et de faillite, les objets mobiliers affectés à son privilége sont vendus au profit de la masse; il a paru équitable de colloquer par préférence à la masse les loyers et fermages. On peut contester la légitimité de cette faveur pour une créance qui n'est pas échue. Mais tel est le système de la loi; elle a cherché à concilier cette faveur avec les intérêts de la masse, en donnant à celle-ci le droit de relocation.

395. Il s'agit maintenant de définir les limites dans lesquelles cette faveur doit être restreinte. Elles découlent du principe sur lequel elle est fondée, la garantie que le bailleur a dans les biens mobiliers grevés du privilége. Régulièrement ces biens sont vendus, et le prix en est distribué entre les créanciers, en tenant compte des priviléges. Le bailleur se fera donc colloquer, pour les loyers à échoir, sur le prix du mobilier qui est frappé du privilége,

(1) Comparez Delsol, Rapport de la commission française sur la loi du 12 février 1872 (Dalloz, 1872, 4, 36).

Si le prix est suffisant, le bailleur sera entièrement désintéressé; le bail est maintenu, mais, comme c'est aux dépens de la masse que les loyers ont été payés par anticipation, c'est aussi à son profit que le bail sera continué; c'est dire que le locataire ne peut profiter d'une jouissance dont il ne paye pas le prix; les créanciers qui ont payé les loyers auront le droit de relouer la chose; c'est, à vrai dire, une sous-location au profit de la masse. Si le prix des meubles grevés du privilége ne suffit pas pour payer les loyers à échoir, le bailleur pourra demander la résiliation du bail, parce que le mobilier qui garnit les lieux loués est vendu, et dès que cette garantie n'existe plus, le bailleur peut agir en résiliation, sauf à la masse à user du droit de relocation, en payant au bailleur tout ce qui lui est dû. Nous reviendrons sur ce droit et sur les conditions auxquelles il est soumis.

Telle est l'hypothèse prévue par le texte du code et de la loi hypothécaire. L'article 2102 et l'article 20 portent que le bailleur exerce son privilége, pour les loyers à échoir, sur le prix de ce qui garnit la maison louée ou la ferme, sauf le droit de relocation de la masse. Si le privilége est insuffisant pour désintéresser le bailleur, les créanciers devront payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû, s'ils veulent user de droit de relouer. La faveur ou l'équité que l'on invoque pour le propriétaire justifient la préférence ainsi limitée : il a pour gage les effets qui sont frappés du privilége; si ce gage lui est enlevé par la masse, le créancier privilégié doit avoir le droit de se faire payer de tout ce qui lui est dû sur le prix qui provient du gage (1).

396. Nous arrivons à la jurisprudence. Voici les circonstances dans lesquelles a été rendu le premier arrêt de la cour de Paris, qui a été cassé. Bail d'une maison non encore habitée, pour une durée de neuf ans, moyennant un prix de 2,800 francs et à charge par le preneur, marchand de vins, de faire à ses frais tous les travaux de distribution, de peinture et d'appropriation. Les dépenses s'élevè-

(1) Comparez Rejet, chambre civile, 7 décembre 1858 (Dalloz, 1859, 1, 62); Pont, t. I, p. 95, n° 126 *bis*.

rent à 18,000 francs. Faillite du locataire avec un passif de 32,890 francs, et un actif de 16,748 francs. Les créanciers étant disposés à accorder un concordat, on ne procéda à la vente ni du mobilier ni des marchandises. Intervient le propriétaire; tous les loyers échus étaient payés ou offerts; le bailleur ne s'en contenta pas, il exigea une somme de 58,896 francs pour les loyers à échoir et les autres charges du bail. Cette demande fut rejetée par le tribunal de la Seine et par la cour de Paris, toutefois sur les conclusions contraires de l'avocat général. Le jugement et l'arrêt appliquent les principes que nous venons de poser. Y avait-il lieu à exercer le privilége pour loyers à échoir? Le bail n'était pas résilié de plein droit; les loyers échus étaient payés; le mobilier qui garnissait les lieux loués restait intact; donc rien n'était changé dans la situation des parties, les garanties du bailleur étaient entières. Que dis-je? Les garanties avaient augmenté par les travaux du locataire et par les sous-locations, qui avaient porté le revenu de la maison à 6,400 francs. Nous demandons si c'est pour des circonstances pareilles que le législateur a donné au propriétaire un privilége sur les loyers à échoir? La loi a voulu garantir les intérêts du bailleur, elle n'a pas voulu qu'il s'enrichît aux dépens du débiteur et des créanciers; et, telle était, dans l'espèce, la spéculation du demandeur; il concluait à la résiliation du bail, à défaut du payement intégral des loyers à échoir; or, l'actif n'étant que de 16,000 francs, la masse ne pouvait pas payer d'avance 58,000 francs de loyers. La faillite devenait une excellente affaire pour le bailleur; il profitait de la plus-value des constructions, et au lieu d'un revenu de 2,800 francs, il percevait des loyers de 6,400 francs. L'avocat général répond : *Dura lex, sed lex*. C'est ce que nous nions. Les loyers devenaient-ils exigibles par la faillite? Non (n° 393). L'article 2102 (loi hyp., art. 20), donne-t-il au propriétaire un droit absolu au payement des loyers à échoir? Non; c'est ici le point décisif; la loi lui donne un privilége sur le prix des meubles qui garnissent les lieux loués, par préférence aux autres créanciers; cela suppose la vente du mobilier et le concours des créanciers,

la perte du gage et la collocation du bailleur par privilége. Or, les meubles n'étaient pas vendus, les créanciers ne demandaient rien, le gage n'était pas entamé, il n'y avait rien à distribuer. En réalité, le jugement qui avait déclaré le locataire en faillite n'avait produit aucun effet; la situation pour le bailleur était, après la déclaration de faillite, ce qu'elle avait été avant. Donc rien de ce que suppose l'article 2102 n'existait; partant, il n'y avait pas lieu à l'exercice du privilége. Le propriétaire demandait la résiliation du bail. Quand y a-t-il lieu à résilier un contrat? Lorsque le débiteur ne remplit pas ses engagements, disent les articles 1184 et 1741. Est-ce que, dans l'espèce, le preneur avait manqué à un engagement quelconque? Non, il avait payé les loyers échus, et les garanties restaient entières pour les loyers à échoir. Donc la cour a eu raison de rejeter la résiliation (1).

Voici les circonstances du deuxième arrêt de la cour de Paris, également cassé. Bail de dix-huit ans pour l'exploitation d'un lavoir public, à condition que le preneur fera élever à ses frais, sur le terrain loué, toutes les constructions nécessaires, lesquelles appartiendront au bailleur si le locataire, avant l'expiration du bail, n'use pas du droit d'acheter la chose louée, droit que le contrat lui réservait. Faillite du preneur. Le syndic ayant vendu aux enchères publiques les droits concédés au locataire, le propriétaire réclama le payement des loyers à échoir. Jugement du tribunal de commerce, qui décida que l'article 2102 n'était applicable que lorsque le bailleur était dépossédé de son gage; or, dans l'espèce, la vente du bail ne changeait en rien les garanties du propriétaire, les lieux loués restant garnis des objets servant à l'exploitation du lavoir; de plus, les constructions lui avaient donné une plus-value considérable qui subsistait; enfin le bailleur trouvait encore un surcroît de garantie dans les meubles garnissant le bâtiment occupé par des sous-locataires. Nous demandons de nouveau si la loi a donné au propriétaire le droit de réclamer les loyers à échoir dans le cas où ses garanties, loin de périr, subsis-

(1) Paris, 12 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 2, 1).

tent et sont augmentées? Le jugement fut confirmé en appel, toujours sur les conclusions contraires de l'avocat général, par les motifs que nous venons de développer. La cour invoque le texte, argument décisif dans un débat où il s'agit d'un privilége. Est-ce que la loi accorde au propriétaire, en termes absolus, le droit exorbitant d'exiger des loyers qui ne lui sont pas dus, par cela seul qu'il y a faillite? Non, l'article 2102 porte que le bailleur exerce son privilége sur le prix des meubles, ce qui implique que pour qu'il y ait lieu à l'exercice du privilége, il faut que les meubles aient été vendus, en ce sens que par la vente le propriétaire ait vu disparaître son gage, dont il ne reste plus que le prix. Or, dans l'espèce, les meubles restaient dans les lieux loués; ils restaient, comme par le passé, le gage du bailleur. La cour ajoute que le privilége est, par sa nature, de droit étroit, et qu'on ne peut pas l'étendre au delà du texte et de la pensée qui l'a créé; il faut dire plus, c'est que le droit aux loyers à échoir est un droit exceptionnel, exorbitant, une faveur que la loi accorde au propriétaire; mais le propriétaire a-t-il besoin de cette faveur quand ses garanties restent les mêmes (1)?

397. Les arrêts de la cour de Paris ont été cassés, après délibéré en chambre du conseil. La cour invoque les articles 1188 du code civil et 444 (450) du code de commerce, qu'elle applique aux loyers, sans tenir compte de la différence essentielle qui existe entre la dette des loyers, qui ne sont dus que lorsque la jouissance est prestée, et les dettes qui ont une cause actuelle et existante lors de la faillite. La cour ne discute pas, elle affirme; nous ne pouvons donc que renvoyer à ce qui a été dit plus haut (n° 393). La cour invoque encore l'article 2102 (loi hyp., art. 20), sans rien dire de l'interprétation admise par les arrêts attaqués, comme si la chose était évidente. Dire que l'article 2102 est un corollaire des articles 1188 et 444 (450), c'est de nouveau affirmer ce qui est très-contestable, car c'est considérer comme application du droit commun la

(1) Paris, 26 juin 1863 (Dalloz, 1863, 2, 109). Comparez, en ce sens, les autorités citées par Pont, t. I, p. 96, note 3.

faculté exorbitante de se faire payer des loyers sans avoir presté la jouissance. La conclusion à laquelle arrive le premier arrêt de cassation est tout aussi exorbitante. Si le propriétaire n'est pas payé de tous les loyers à échoir, il a le droit, dit la cour, ou de se prévaloir de son privilége en se faisant payer d'avance, ou de demander la résiliation du contrat, conformément à l'article 1184. Ici la cour ajoute à la loi, dans une matière essentiellement exceptionnelle. Où est-il dit que le bailleur peut demander la résiliation du contrat? Ce n'est pas dans l'article 2102 (loi hyp., art. 20), qui ne parle que du payement des loyers à échoir sur le prix des meubles qui garnissent les lieux loués. Et que dit l'article 1184 cité par la cour? Qu'il y a lieu à résolution du contrat quand le débiteur a manqué à ses engagements : qu'on nous dise quel est l'engagement auquel a manqué le locataire qui paye les loyers échus et qui laisse entière la garantie réelle? Le second arrêt de cassation semble considérer le défaut de payement des loyers à échoir comme un motif qui rend applicables les articles 1184 et 444 (450) (1). Cela nous paraît contraire à tout principe. Est-ce que le locataire doit les loyers à échoir avant qu'il ait eu la jouissance des lieux loués? La dette peut-elle exister sans *cause?* Si le propriétaire peut exiger les loyers à échoir, ce n'est pas en vertu d'une obligation contractée par le *débiteur*, c'est parce que la *masse* s'empare du *gage* appartenant au bailleur et le réalise à son profit; or, dans l'espèce, la masse avait laissé le mobilier intact, le payement anticipé des loyers à échoir n'avait donc plus de raison d'être; et cependant on l'invoque comme cause de résiliation contre le preneur! C'est confondre toutes choses, les relations entre le propriétaire et la masse avec les relations du bailleur et du locataire (2).

La cour d'Orléans, à laquelle l'affaire a été renvoyée, a admis la doctrine de la cour de cassation. Elle l'a résumée

(1) Cassation (deux arrêts) 28 mars 1865 (Dalloz, 1865, 1. 201). Comparez, en ce sens, Aubry et Rau. t. III, p. 147, note 34, § 261; Pont. t. I, p. 95, n° 126 *bis*.

(2) Comparez la dissertation de Mourlon, en note, dans le *Recueil périodique* de Dalloz, 1865, 1, p. 201.

en un mot, mais la formule témoigne contre le principe : « La créance du bailleur devient exigible, en cas de faillite, comme toute autre créance. En vain le locataire chercherait à démontrer que les intérêts du bailleur ne sont point en péril; *le fait seul de la faillite crée au profit du bailleur un droit* dont l'exercice ne peut être subordonné à l'appréciation des causes de sécurité invoquées par le failli (1). » La loi ne dit pas cela, et ce qu'on lui fait dire est en opposition avec les principes les plus élémentaires. Qu'est-ce que le privilége? Une garantie réelle pour le payement de la créance privilégiée. Quand le privilége s'exerce-t-il? Lorsque le débiteur ne paye pas ce qu'il doit. Or, dans les espèces jugées par la cour, le débiteur avait payé; donc il n'y avait pas lieu au privilége. La loi donne encore un autre droit au bailleur, c'est de se faire payer les loyers à échoir; ce n'est pas là le privilége ordinaire, c'est un droit exorbitant, qui ne peut s'expliquer que par la faveur que mérite la créance du propriétaire; cela suppose que les loyers sont en péril : n'est-il pas absurde de réclamer une faveur tout à fait exorbitante, accordée parce qu'une créance est en péril, alors qu'il n'y a aucun péril? Dire que la faillite seule doit produire cet effet, c'est attribuer à la faillite un effet magique qui n'a aucune raison d'être.

398. La cour de Paris, dans un premier arrêt, signale les conséquences funestes qui résulteraient du droit exorbitant que l'on reconnaîtrait au bailleur d'exiger le payement des loyers à échoir, alors même que la garantie réelle reste entière. Nous n'invoquons pas les conséquences auxquelles aboutit l'interprétation d'une loi comme un motif juridique contre cette interprétation; c'est l'affaire du législateur. Si nous les constatons, c'est que le législateur s'en est ému; en France, la loi du 12 février 1872 a modifié l'article 2102. « La prétention du propriétaire, dit la cour de Paris, place la masse des créanciers dans cette alternative, ou d'être obligés d'abandonner la partie réalisée et la plus nette de l'actif, en supposant qu'elle pût

(1) Orléans, 5 août 1865 (Dalloz, 1865, 2, 136).

suffire pour conserver le droit au bail et la valeur du fonds de commerce; ou, si l'état de la faillite ne permettait pas de faire ce payement intégral, de perdre le droit au bail, la valeur du fonds de commerce et les avantages qui pourraient résulter de son exploitation. Un droit aussi exorbitant sacrifierait les intérêts de tous à l'intérêt d'un seul, constituerait un privilége de plus au profit du propriétaire; il rendrait les concordats impossibles, et pourrait même avoir pour résultat de placer le propriétaire dans une situation plus avantageuse que si la faillite n'avait pas eu lieu, en le faisant rentrer dans la possession d'un immeuble dont les produits seraient considérablement augmentés par les travaux que le preneur aurait exécutés, dépenses dont le propriétaire profiterait seul et sans indemnité. »

Il est impossible que le législateur maintienne un privilége qui deviendrait une spéculation sur la faillite. La loi du 12 février 1872 a modifié les dispositions du code civil et du code de commerce relatives au privilége du propriétaire, quand il s'agit du bail d'immeubles affectés à l'industrie ou au commerce du failli. Elle permet aux syndics de continuer le bail, en satisfaisant à toutes les obligations du locataire. Si le bailleur a le droit d'agir en résiliation, pour inexécution des engagements contractés par le preneur, il doit former sa demande dans les quinze jours de la notification qui lui est faite par les syndics de leur intention de continuer le bail, sinon il est réputé avoir renoncé aux causes de résiliation qu'il pouvait avoir. En cas de résiliation, le privilége du bailleur est réduit à deux années échues et à l'année courante. Si le bail n'est pas résilié, le propriétaire ne peut exiger que les loyers échus, il ne peut pas demander les loyers à échoir, dans le cas où les sûretés qu'il avait lors du contrat ont été maintenues, ou quand celles que lui offrent les syndics sont jugées suffisantes. Lorsque les meubles garnissant la maison sont vendus, le bailleur peut exercer son privilége pour deux années échues, l'année courante et une année à échoir (1).

(1) Dalloz, 1872, 4, 34.

2. DU DROIT DE RELOCATION DES CRÉANCIERS.

399. L'article 20 (code civil, art. 2102), après avoir donné au bailleur un privilége pour les loyers à échoir, quand le bail est authentique ou qu'il a date certaine, ajoute : « Dans ce dernier cas, les autres créanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, et de faire leur profit des baux ou fermages, à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû. » Quel est le motif de ce droit de relocation? La cour de cassation dit, dans les arrêts que nous venons de discuter (n° 397), que le droit de relocation est une disposition d'équité; il eût été plus juste de dire que le droit au payement des loyers à échoir est une faveur exorbitante que la loi accorde au propriétaire, et que le droit de relocation est une conséquence très-naturelle de cette extension du privilége dont jouit le bailleur. Les loyers sont le prix de la jouissance que le propriétaire s'oblige à fournir; il reçoit ces loyers par anticipation, lorsque le locataire tombe en faillite ou en déconfiture; il est donc payé d'une jouissance qu'il doit procurer : à qui? Ce n'est pas au failli, car c'est aux dépens de la masse que les loyers ont été acquittés par anticipation; c'est donc la masse qui se trouve substituée, subrogée, en vertu de la loi, aux droits du preneur. La loi ne fait qu'appliquer le droit commun : si la masse paye, c'est qu'elle est tenue de payer; elle paye donc, pour le failli, une dette dont elle est tenue pour lui; par suite elle lui est subrogée, en vertu du principe de l'article 1251, 3°.

400. Dans quel cas les créanciers ont-ils le droit de relocation? Le texte répond à la question : lorsque le bailleur exerce son privilége pour les loyers à échoir. Si le bailleur ne demande pas les loyers, les créanciers pourront-ils, malgré lui, relouer la maison, en satisfaisant aux obligations du locataire? Il y a controverse. A notre avis, les créanciers ne peuvent avoir le droit de relocation quand le bailleur n'use pas de son privilége. C'est parce que le propriétaire réclame les loyers à échoir que la masse doit

les payer, et c'est cette obligation de payer les loyers qui subroge les créanciers aux droits du locataire. Or, les créanciers ne peuvent pas forcer le bailleur à réclamer les loyers à échoir. Il peut avoir droit et intérêt à résilier le bail, et si le bail est résilié, il ne peut plus s'agir de relouer (1). Et si le bailleur ne demande pas la résiliation du bail, de quel droit les créanciers se mettraient-ils à la place du locataire? La question n'a point de sens (2).

401. Quelles sont les conditions de l'exercice du droit de relocation? La loi répond que les créanciers doivent payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû. Cela se rapporte d'abord aux loyers; il se peut que le prix des meubles qui garnissent les lieux loués ne suffise point pour acquitter tous les loyers à échoir, quand le bail est long ou que les loyers sont élevés. Le propriétaire n'a pas le droit d'exiger le payement des loyers en tant qu'ils excèdent la valeur de son gage; mais les créanciers peuvent le lui offrir, pour profiter de la relocation; dès que le propriétaire réclame les loyers à échoir, les créanciers ont le droit de maintenir le bail en payant toute la créance privilégiée. Le bailleur peut avoir d'autres créances naissant du bail; elles sont garanties par le privilége aussi bien que les loyers; les créanciers qui se mettent à la place du locataire doivent donc les acquitter.

Il arrive parfois que, dans les baux importants, le payement des loyers est réglé par anticipation en billets à ordre, causés valeur en termes de loyer, et dont les échéances sont fixées aux époques auxquelles les loyers doivent être acquittés. Ce règlement ne modifie point les droits des parties contractantes, ni la situation des autres créanciers; les billets ne sont pas une dette ordinaire, c'est une dette de loyer; les porteurs ont les droits du bailleur et le locataire a les obligations qui naissent du bail; les billets ne deviennent donc exigibles que dans le cas où les loyers peuvent être exigés; ils se payent par privilége sur le prix

(1) Rejet, chambre civile, 30 janvier 1827 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 276).

(2) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Pont, t. II, p. 102, n° 128, et Martou, t. II, p. 97, n° 401.

de ce qui garnit la maison, et si les porteurs demandent le payement intégral, les créanciers peuvent user de leur droit de relocation (1).

402. La loi dit que les créanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme *pour le restant du bail.* Cela veut-il dire que, si les créanciers usent du droit de relocation, ils doivent nécessairement achever le bail? On suppose que dix années restent à courir, à raison de 5,000 fr. par an. Le propriétaire réclame son privilége pour les loyers à échoir, mais le prix de ce qui garnit les lieux loués est insuffisant pour acquitter la créance entière; cinq années seulement sont payées : les créanciers peuvent-ils relouer pour ces cinq années, ou doivent-ils payer les cinq dernières années et achever le bail? Il y a controverse; le texte semble exiger que les créanciers payent *tout* ce qui est dû au propriétaire et qu'ils relouent pour le temps qui *reste* à courir du bail. Nous disons que le texte semble l'exiger; c'est plutôt une supposition qu'une condition, car la condition n'aurait pas de sens. Le bailleur touche cinq années de loyer; il doit la jouissance de la chose pour ces cinq années. Qui a droit à cette jouissance? Celui qui paye les loyers, donc la masse. Si les créanciers n'avaient pas le droit de relouer, que deviendrait la jouissance? Appartiendrait-elle au débiteur? Non, car il s'enrichirait aux dépens de ses créanciers; ce qui est absurde. Le propriétaire aurait-il le droit de rentrer en possession de la chose? Il recevrait ainsi le prix d'une jouissance qu'il doit à d'autres et qu'il exercerait lui-même; encore une absurdité. Enfin laissera-t-on les lieux inoccupés? Ce serait le comble de l'absurde; car des loyers auraient été payés sans que personne pût jouir. C'est le cas de dire que supposer n'est pas disposer; la loi décide implicitement la difficulté en appliquant aux créanciers le principe de la subrogation; elle doit les subroger aux droits du locataire pour toutes les années de jouissance dont le bailleur a reçu le prix aux dépens de la masse (2).

(1) Comparez Rejet, 22 avril 1851 (Dalloz, 1851, 1, 237); Pont, t. I, p. 94, n° 125.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 146, note 31, § 261, et en sens divers, les auteurs qu'ils citent; Pont, t. I, p. 104, n° 129, et les arrêts qu'il cite.

403. Les créanciers qui usent du droit de relocation doivent-ils payer les loyers à échoir anticipativement et pour le tout, ou sont-ils admis à payer les loyers à leur échéance, en fournissant des garanties au propriétaire? Encore une controverse. Nous la décidons d'après le texte, quoique la décision ne soit guère en harmonie avec les principes et avec l'équité. La cour de Rouen dit très-bien que c'est après avoir établi le droit du propriétaire de se faire payer sur le prix des meubles tous les loyers à échoir, que l'article 2102 accorde aux autres créanciers le droit de sous-louer, en payant au propriétaire tout ce qui lui restait encore dû; ce qui, par la corrélation qui existe entre les deux parties de l'article 2102 (loi hyp., art. 20), doit s'entendre de tout ce que le propriétaire avait le droit d'exiger en vertu de son privilége et de tout ce que l'exercice de ce privilége sur le prix des meubles ne lui a pas procuré; c'est parce que le propriétaire est entièrement désintéressé, en se faisant payer par anticipation les loyers non échus, que le droit de sous-louer est accordé aux créanciers (1). L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Elle subroge les créanciers aux droits du locataire; or, la condition essentielle de toute subrogation, c'est le payement de la dette. Si, malgré le texte, les auteurs sont divisés, c'est qu'ils ont reculé devant l'énormité du privilége qui en résulte pour le propriétaire (2). Quel est son droit, en principe? Il perçoit un loyer comme prix de la jouissance qu'il fournit. Que peut-il exiger? Le prix, quand la jouissance a été prestée et des garanties pour le payement. On lui offre ces garanties, une caution et même la consignation des loyers, et néanmoins il a le droit de refuser. C'est pousser la faveur jusqu'à l'iniquité. Il faut répondre : *Dura lex, sed lex.*

404. Les créanciers ont-ils le droit de sous-louer pour

(1) Rouen, 29 juin 1859 (Dalloz, 1860, 2, 21). La jurisprudence est constante en ce sens : nous ne citons que les derniers arrêts, Paris, 26 janvier 1860 (Dalloz, 1860, 5, 298); Orléans, 22 août 1860 et 10 novembre 1865 (Dalloz, 1862, 2, 118, et 1865, 2, 227); Cassation, 16 février 1870 (Dalloz, 1870, 1, 261), et Rejet, 15 juillet 1868 (Dalloz, 1872, 1, 95).

(2) Voyez Aubry et Rau, t. III, p. 145, note 30, § 261, et, en sens divers, les auteurs qu'ils citent.

la fin de l'année courante et pour l'année qui suivra, quand le bail n'a pas date certaine? Sous l'empire du code, il y avait controverse. Au point de vue des principes, il n'y a aucun doute; dès que le bailleur reçoit une partie de son loyer pour une jouissance future, cette jouissance doit profiter à la masse; mais le texte de l'article 2102 soulevait une difficulté, parce qu'il ne réserve le droit de sous-location aux créanciers qu'en parlant du cas où le bail a date certaine. Or, en matière de priviléges, les textes exercent un empire tyrannique. La loi belge a levé tout doute; les mots *dans ce dernier cas* se rapportent à toute la phrase qui précède, et où il est question du droit que le bailleur peut exercer pour les loyers non échus, dans les deux hypothèses prévues par la loi, quand le bail a date certaine et quand il n'a pas date certaine (1). Encore pourrait-on objecter que la loi dit : « dans ce *dernier* cas »; ce qui semble se rapporter restrictivement au bail ayant date certaine. Nous professons un grand respect pour le texte, toutefois en maintenant le droit de l'interprète de concilier le texte avec les principes et avec le bon sens, quand la chose est possible. La rédaction de la loi est assez compliquée; si on la résume en une série de principes, il ne reste aucun doute sur la pensée du législateur. Il commence par dire quel est le droit du bailleur quant aux loyers échus, puis il parle des loyers non échus; ici il distingue le cas où le bail a date certaine et le cas où le bail n'a pas date certaine; cette distinction détermine les droits du bailleur. Quand le bailleur exerce son privilége, naît la question de savoir quels sont les droits des autres créanciers. Ils ont le droit de relouer : sous quelle condition? Pour la jouissance dont le propriétaire a reçu le prix; peu importe, quant au droit, quelle est l'étendue de cette jouissance; le droit sera plus ou moins étendu, mais il existera dans les deux hypothèses. Voilà l'article 20 (code civil, art. 2102) formulé en principes, et, ainsi analysé, il ne laisse aucun doute (2).

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 94, n° 396.
(2) Comparez, en sens divers, les auteurs français cités par Aubry et Rau (t. III, p. 145, note 29, § 261), et Pont, t. I, p. 101, n° 128.

405. Il reste une difficulté. Le bail défend de sous-louer; les créanciers peuvent-ils néanmoins exercer le droit de relocation? L'affirmative n'est guère douteuse. En relouant, les créanciers n'exercent pas un droit que leur donne la convention; c'est la loi qui le leur accorde dans une hypothèse qui est en dehors du droit commun. Le bailleur réclame les loyers à échoir, il les touche : viendra-t-il dire, après cela, que le bail défend aux créanciers de sous-louer? Que deviendrait alors la jouissance de la chose et à qui appartiendrait-elle? Nous avons répondu d'avance que ce serait aboutir à l'absurde (n° 402). Mais ici la loi n'est pas coupable; le bailleur peut sans doute, s'il le veut, empêcher la relocation; il le peut toujours, dans notre opinion, en ne réclamant pas les loyers à échoir (n° 400); mais il ne peut pas tout ensemble exiger le prix de la jouissance et la efuser à ceux qui la lui payent. L'opinion générale est en ce sens (1).

II. *Des obligations naissant du bail.*

406. L'article 20 porte : « Le même privilége a lieu pour les réparations locatives et pour tout ce qui concerne l'exécution du bail. » En disant que c'est le *même* privilége, la loi n'entend pas appliquer aux réparations locatives et autres obligations qui naissent du bail. ce qu'elle vient de dire des loyers et fermages; cette dernière obligation est successive, tandis que les autres naissent de l'inaccomplissement d'une clause du bail ou d'une violation de la loi qui tient lieu de convention. Telle est l'obligation de supporter les réparations locatives; le preneur ne les fait pas, de là un droit pour le bailleur. Il n'y a pas à distinguer entre les baux qui ont date certaine et ceux qui n'ont pas date certaine; l'obligation existe pour tout locataire; par conséquent, le droit pour tout bailleur; ce qui est décisif pour le privilége. La fraude n'est plus à craindre pour les créanciers, sauf à eux à contester l'existence du droit à raison duquel le bailleur veut exercer un privilége (2).

(1) Voyez les autorités dans Pont, t. I, p. 102, note 1, et dans Aubry et Rau, t. III, p. 146, note 32, § 261.
(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 98, n° 402.

407. Par *exécution du bail* il faut entendre toutes les obligations que la loi ou le contrat imposent au preneur; celles que la loi établit sont censées convenues par les parties; toutes concernent donc l'exécution du contrat. Un tribunal de première instance s'y était trompé, en décidant que la créance du propriétaire contre le locataire, à raison de la destruction des bâtiments par un incendie, était étrangère à l'exécution du bail. Il est vrai que l'acte de bail n'en parlait pas; mais les parties n'ont pas besoin d'énumérer dans l'acte toutes les obligations qu'elles contractent; elles sont écrites dans le code, et les parties s'approprient les dispositions du code comme autant de clauses de leurs conventions, par cela seul qu'elles n'y dérogent point; or, l'une des principales obligations du preneur est de veiller à la conservation de la chose avec tous les soins d'un bon père de famille : s'il ne la restitue pas, il répond de la perte; de là un droit pour le bailleur; ce droit résulte de l'inexécution de l'obligation que le preneur a contractée; donc elle tient à l'exécution du bail, et, par suite, elle est privilégiée (1).

408. Les avances que le bailleur fait, par le contrat de bail, au preneur, sont-elles garanties par son privilége? L'affirmative est admise par la doctrine et la jurisprudence. Elle est incontestable lorsque les avances concernent le bail, c'est-à-dire les droits et obligations qui en résultent; dans ce cas, la lettre et l'esprit de la loi sont applicables. Mais si un prêt en argent était fait au preneur dans l'acte de bail, sans qu'il y eût un rapport entre ce prêt et le bail, ce ne serait plus une avance, ce serait un emprunt ordinaire, et la loi ne donne pas de privilége pour cause de prêt. La jurisprudence est en ce sens; si elle accorde un privilége au bailleur pour les avances qu'il fait, c'est que ces avances concernent le bail. Un maître de forges s'engage à fournir au locataire de l'usine le bois nécessaire à son entretien : il a été jugé que cette avance est privilégiée (2). Il en est de même des fournitures de betteraves que le bail-

(1) Bruxelles, 3 avril 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 143).
(2) Bordeaux, 7 août 1833 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 245, 1°).

leur fait au preneur d'une usine pour la fabrication du sucre (1). Le bailleur fournit au preneur d'un moulin, pour fonds de roulement, une somme de 10,000 francs; l'avance étant destinée à faire rouler l'usine, elle avait pour objet l'exécution du bail; donc elle était privilégiée. Cela ne fut pas même contesté dans l'espèce; le débat portait uniquement sur la nature du contrat, que l'on prétendait être un contrat de société (2).

409. La solution devient douteuse si les avances ont été stipulées par une convention intervenue dans le cours du bail. Il faut néanmoins décider qu'elle tombe sous l'application de la loi. En effet, les conventions, quoique postérieures à l'acte primitif, s'y rapportent et en sont une suite, ce sont des clauses additionnelles. Cela est si vrai, que ces clauses devraient être transcrites, dans le cas où le bail lui-même est soumis à la transcription. Donc le texte est applicable et l'esprit de la loi n'est pas douteux; qu'importe le moment où une avance est faite, pourvu qu'elle ait pour objet l'exécution du bail? Ajoutons que la tradition est en ce sens. Pothier commence par dire que les avances convenues par le bail sont privilégiées, puis il ajoute qu'il y a plus de difficulté si les avances n'ont été consenties que depuis le bail, parce que, dans ce cas, il y a un contrat de prêt séparé et distingué du bail et qui n'en fait point partie. Néanmoins, dit-il, il paraît que l'usage a étendu à ces avances le droit des seigneurs de métairie, surtout lorsqu'elles consistent en grains ou autres espèces, et qu'on ne peut douter qu'elles ont pour objet de faire valoir la métairie; car, le seigneur de la métairie ayant fait cette avance dans l'intérêt de sa métairie, il y a même raison que pour le bail (3).

La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens, en donnant peut-être une trop grande extension au privilége du bailleur. Elle admet le privilége, non-seulement quand les avances sont faites au fermier pour les besoins de la

(1) Douai, 18 avril 1850 (Dalloz, 1851, 2, 60).
(2) Rennes, 6 juin 1861 (Dalloz, 1862, 2, 12).
(3) Pothier, *Traité du louage*, n° 254. Comparez, dans le même sens, les auteurs modernes (Aubry et Rau, t. III, p. 163, note 25, § 261).

culture, soit en denrées, soit en argent; elle reconnaît même le privilége quand les avances sont faites à un colon nécessiteux pour l'aider à vivre : les fermiers, dit la cour d'Angers, n'auraient pas le moyen de cultiver s'ils n'avaient pas celui de se nourrir; et le propriétaire qui fournit des grains à son colon dénué de subsistances ne les lui donne que pour l'aider à travailler, et ne les lui eût pas donnés s'il n'eût pas été dans sa ferme (1). Cela est possible; et la créance, sans doute, est très-favorable; mais ce n'est cependant qu'une créance alimentaire, et la loi ne privilégie que les créances qui naissent de l'*exécution du bail*; or, les priviléges sont de la plus stricte interprétation.

Nº 3. SUR QUOI PORTE LE PRIVILÉGE.

410. Le bailleur a privilége sur le prix de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme et de tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme. Quand il s'agit de biens ruraux, le privilége s'exerce encore sur les fruits de la récolte de l'année (art. 20; code civil, art. 2102). *Ce qui sert à l'exploitation de la ferme* garnit aussi la ferme : tels sont les ustensiles aratoires, les animaux attachés à la culture par le fermier. On peut donc dire que le privilége porte 1° sur tout ce qui garnit les lieux loués et 2° sur les fruits de la récolte de l'année.

I. *Quels sont les meubles qui garnissent les lieux loués?*

411. Les auteurs ne s'entendent pas sur la définition des meubles qui garnissent, et il est difficile d'en donner une qui comprenne tous les cas qui peuvent se présenter; autres sont les meubles qui garnissent une maison d'habitation, autres sont ceux qui garnissent une maison de commerce, une fabrique, un théâtre. Il faut néanmoins un principe qui serve à décider les difficultés qui se présentent dans l'application. M. Valette, dans son excellent *Traité*

(1) Angers, 27 août 1821 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 264). Comparez Limoges, 26 août 1848 (Dalloz, 1849, 2, 173).

des priviléges, dit : « Ce qui garnit la maison louée ou la ferme n'est pas tout ce qui s'y trouve, mais tout ce qui, à raison de la destination même des lieux et pour leur exploitation, doit y rester d'une manière habituelle et permanente. » MM. Aubry et Rau formulent le principe à peu près dans les mêmes termes : « Le privilége du locateur d'une maison porte sur les meubles corporels qui y sont placés à demeure, soit pour la commodité ou l'agrément de l'habitation, soit pour servir aux usages domestiques ou à l'exercice de la profession du locataire. » Jusqu'ici les deux définitions concordent. M. Valette dit, en termes trop absolus, que les objets grevés du privilége sont ceux qui restent d'une manière permanente dans les lieux loués; en limitant ainsi les objets grevés du privilége, il n'avait en vue que les maisons d'habitation. Les éditeurs de Zachariæ complètent la définition en ajoutant que le privilége affecte aussi les objets placés à temps seulement dans la maison louée pour être vendus : telles sont les marchandises faisant partie du commerce du locataire. Même quand il s'agit d'un non-commerçant, il y a des objets mobiliers qui sont grevés du privilége et qui ne restent pas d'une manière permanente dans les lieux loués : telles sont les denrées destinées à être consommées (1).

Il y a une autre définition beaucoup plus large. Mourlon dit que tous les objets qui se trouvent dans la maison la garnissent (2). Le dernier auteur qui a écrit sur la matière des priviléges et hypothèques, M. Pont, reproduit à peu près cette définition (3). Si l'on pouvait l'accepter, elle mettrait fin à toute difficulté, puisque rien ne serait excepté du privilége; tout ce qui occupe une place dans la maison y serait compris. Mais il suffit de comparer la définition avec le texte pour se convaincre qu'elle l'élargit, et toute interprétation extensive des priviléges doit être rejetée. Les coutumes de Paris et d'Orléans disaient : *tous les biens*

(1) Valette, *Priviléges*, p. 60, n° 55. Aubry et Rau, t. III, p. 138 et suiv., § 261.
(2) Mourlon, *Examen critique*, t. I, p. 230, n° 83. Comparez la critique de Marton, t. II, p. 100, n° 407.
(3) Pont, t. I, p. 86, n° 121.

étant dans la maison ou *tous les meubles qu'il trouve en son hôtel*. Voilà les termes par lesquels on voudrait interpréter ceux du code civil; mais les auteurs du code n'ont pas reproduit la formule des coutumes; ils ont employé une expression plus restrictive, celle de *meubles qui garnissent*; et il n'est pas logique de donner à des termes restrictifs le sens qui s'attache aux termes beaucoup plus généraux de l'ancien droit.

Il y a une troisième interprétation, plus restrictive que celle de Valette et de Zachariæ; elle ajoute un caractère à ceux que l'on admet généralement, c'est que les objets soient *plus ou moins apparents,* de manière qu'ils aient attiré l'attention du locateur et qu'ils soient entrés dans ses calculs pour déterminer la confiance qu'il a accordée au locataire (1). Cette définition est tout ensemble très-vague et très-arbitraire. Nous comprenons ce que veut dire un objet *apparent,* mais qu'est-ce qu'un objet *plus ou moins* apparent? Et pour qu'un objet frappe l'attention du locateur, il faut qu'il l'ait vu, qu'il ait donc parcouru toute la maison louée, depuis la cave jusqu'au grenier, ou qu'il ait assisté à l'emménagement. Ces conditions sont prises en dehors de la vie réelle. Le bailleur n'a pas besoin de voir les objets que le locataire met dans les lieux loués, il sait que l'on ne peut habiter une maison sans avoir les meubles nécessaires, qu'ils soient apparents ou non; et s'il s'agit d'un immeuble ayant une destination particulière, le bailleur sait encore qu'une boutique doit être garnie de marchandises, une fabrique de matières premières et d'objets manufacturés; il compte sur tous ces effets pour la garantie de sa créance, et le preneur les donne tacitement en gage : tel est le fondement du privilége, et il en détermine l'étendue.

412. Il y a des objets que, dans tous les systèmes, on considère comme garnissant les lieux loués, ce sont les meubles meublants destinés à l'usage des personnes qui habitent la maison, ou à l'ornement des appartements. On a soutenu parfois devant les tribunaux qu'il fallait limiter

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 100, n° 407.

le privilége à cette catégorie de meubles. C'est une interprétation trop restrictive. Elle exclurait le linge, qui n'est pas compris dans l'expression *meubles meublants*, et qui néanmoins *garnit*; l'usage vulgaire le prouve. Quand on loue une *maison garnie*, le linge fait partie des objets que le bailleur fournit au locataire, par la raison très-simple que la maison doit être *garnie* de tout ce qui est nécessaire pour l'habitation. Cela prouve qu'il ne faut point s'attacher au caractère d'apparence; le linge est renfermé dans des armoires, et néanmoins, dans l'intention des parties contractantes, il fait partie du gage sur la foi duquel le bail est consenti. Il en est de même de la vaisselle et de l'argenterie qui fait partie du service de table; le bailleur y compte, pour peu que le bail soit de quelque importance, et l'intérêt du bailleur est aussi celui du locataire: de là le gage tacite sur lequel repose le privilége (1).

413. Jusqu'ici l'on est d'accord. On s'accorde également à exclure certains meubles du privilége, comme ne garnissant pas les lieux loués. On n'a jamais dit de l'argent qu'il garnit l'appartement où se trouve le coffre-fort. Bien moins encore dit-on des valeurs commerciales et industrielles qu'elles garnissent. Ce qui est décisif, c'est que les maisons *garnies* qu'on loue dans les grandes villes ne comprennent certainement pas le numéraire ou des billets de banque. Il n'est pas besoin d'un principe pour décider ces questions, le bon sens suffit; on ne devrait pas même les discuter (2).

Il y a controverse sur les bijoux et les pierreries. Si l'on admet notre principe d'interprétation, il n'y a pas le moindre doute : ces objets ne garnissent pas la maison, ils ornent la personne. Quand on loue une maison garnie, quelque luxueuse qu'elle soit, on ne la garnit pas de bijoux; il est ridicule de mettre cela en question. Quant à l'intention tacite qui constitue le gage, elle ne peut avoir pour objet que des choses que tout locataire possède et qui offrent une utilité ou un agrément quelconques pour les

(1) Duranton, t. XIX. p. 105, n° 79, et tous les auteurs.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 139, notes 6 et 8, § 261, et les auteurs cités

habitants de la maison; et quel rapport y a-t-il entre une maison et des diamants? Inutile d'insister (1).

414. Il n'y a point de jurisprudence sur les points que nous venons de toucher, preuve que les difficultés qui embarrassent la théorie sont étrangères à la vie réelle. Voici une singulière question qui s'est présentée devant la cour de Lyon. Un propriétaire fit saisir-gager les métiers placés par le locataire dans l'usine qu'il tenait à bail. Il prétendit que la saisie comprenait aussi le droit de se servir des métiers, c'est-à-dire, dans l'espèce, le brevet d'invention qui, lors de la saisie, appartenait au preneur. La cour répond par le texte, qui exige que les meubles *garnissent* les lieux loués; et peut-on dire d'un objet incorporel qu'il garnit l'usine (2)?

415. Le locataire fait assurer son mobilier ou son risque locatif. On demande si le privilége du bailleur s'étend à l'indemnité qui est due au preneur en cas d'incendie. Il y a une nombreuse jurisprudence sur cette question (3); elle se réduit à des termes très-simples. L'indemnité n'est certes pas un objet mobilier qui garnit la maison, qu'elle soit due ou qu'elle soit payée; quand elle est payée, elle se confond avec l'argent, lequel n'est pas grevé du privilége; et si elle est due, c'est une créance du locataire, et les créances ne garnissent pas. Il faudrait donc une disposition de la loi pour subroger l'indemnité au mobilier qui était frappé du privilége. En droit français, il n'y a pas de loi qui établisse la subrogation. La loi belge (art. 10) a comblé la lacune; nous y reviendrons en traitant de l'extinction des priviléges et hypothèques.

416. Ce que nous venons de dire ne s'applique qu'aux maisons qui servent exclusivement à l'habitation. Il y a des immeubles qui ont encore une autre destination; les locataires qui les habitent exercent une profession ou un commerce qui nécessitent des matières premières ou des

(1) Martou, t. II, p. 101, nº 408. Valette, p. 60, nº 55. Duranton, t. XIX, p. 104, 105, nº 79. Aubry et Rau, t. III, p. 139, note 8, § 261.

(2) Lyon, 26 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 2, 234). Comparez Paris, 8 mars 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 250, 2º).

(3) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. III, p. 139, note 10, § 261

marchandises. L'atelier peut être une fabrique comprenant tout ensemble des matières premières, des métiers, des machines et des produits que l'on appelle toujours manufacturés, quoique le travail ne se fasse plus à la main. Le privilége s'étend, dans ces divers cas, à tous les objets mobiliers qui sont nécessaires à l'exercice de la profession, du commerce ou de l'industrie. Cela est de doctrine et de jurisprudence.

La cour de cassation de Belgique a rendu sur cette question un arrêt de principe. On prétendait que la loi n'avait en vue que les meubles meublants; ce qui exclurait les matières premières et les marchandises fabriquées. La cour répond que le texte ne parle pas de meubles meublants, ce qu'il aurait dû dire s'il avait entendu y restreindre le privilége du bailleur. La loi dit, au contraire, en termes généraux : *tout ce qui garnit* la maison louée. Or, la loi s'applique non-seulement aux maisons qui servent d'habitation, elle donne un privilége pour tout bail d'*immeubles*; donc le privilége doit porter sur tout ce qui garnit des immeubles, quelle que soit leur destination; les objets qui garnissent sont, dans ce cas, ceux qui servent à l'exploitation du commerce ou de l'industrie du locataire; et si les matières premières garnissent, il en doit être de même des produits, des marchandises confectionnées et de celles que le locataire marchand achète pour les revendre; la nature des objets qui garnissent varie nécessairement avec la destination des lieux loués. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Le bailleur doit avoir une garantie pour les loyers d'un établissement industriel ou commercial; sa créance sera généralement beaucoup plus forte que celle d'un bail de maison, donc sa garantie doit aussi être plus étendue. Comptera-t-il sur les meubles meublants? C'est à peine s'il y en a dans une fabrique; les métiers et les machines sont immobilisés; de meubles servant à l'usage de la personne, il n'y en a point, ou il y en a peu; de sorte que, pour les immeubles les plus précieux, la garantie serait nulle si elle était limitée aux meubles meublants. Il est certain que telle n'est point l'intention des parties contractantes : le bailleur veut une garantie, et le preneur est intéressé à l'of-

frir complète; et en quoi cette garantie consisterait-elle, sinon dans les matières premières et dans les marchandises (1)?

La cour de cassation de France a consacré le même principe dans un arrêt plus récent; elle a jugé, sans même discuter la question, que les marchandises formant l'objet du commerce du preneur, qui se trouvent dans les lieux pour les recevoir, sont *évidemment* des objets garnissant les lieux loués, et sont, par conséquent, soumises au privilége du bailleur (2). Nous n'aimons pas cette manière de trancher les difficultés; il ne suffit pas de dire qu'une chose est évidente, il faut prouver qu'elle l'est.

II. *Des objets qui n'appartiennent pas au preneur.*

417. Le privilége porte-t-il sur les objets qui garnissent quand ils n'appartiennent pas au preneur? En théorie, il faudrait répondre négativement. En effet, le privilége du bailleur est un gage tacite; or, le gage, de même que l'hypothèque de la chose d'autrui, est nul (t. XXVIII, n° 206). Mais la théorie n'a point d'intérêt pratique en ce qui concerne le privilége du bailleur. En quoi consiste le gage que la loi lui accorde sur les meubles qui garnissent la maison louée? Le bailleur compte sur le mobilier que le locataire met dans les lieux loués. A-t-il le droit de s'informer si le preneur est propriétaire des meubles qui garnissent? Non, car il n'intervient aucune convention entre les parties : le preneur n'offre pas tel objet comme garantie au bailleur, que celui-ci puisse refuser. Il doit donc compter sur les meubles que le locataire transporte dans la maison. Cette raison n'est point décisive; il ne suffit pas de l'intention du bailleur pour valider le gage, il faut aussi que le preneur ait le droit de lui donner la chose en gage. Ici est le nœud

(1) Rejet, 2 février 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 1, 118). Voyez une application du principe dans un arrêt de la cour de Bruxelles qui décide que les objets qui se trouvent dans une pharmacie sont grevés du privilége (2 novembre 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 312).

(2) Rejet, 9 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 213).

de la difficulté. Le preneur possède un objet mobilier; en vertu de sa possession, il est présumé propriétaire; il peut donc transmettre la propriété de la chose et, par suite, la grever d'un droit réel. Cela n'est pas douteux quand le preneur possède comme propriétaire et de bonne foi; il peut invoquer la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, et, par suite, le bailleur peut aussi s'en prévaloir. Jusqu'ici il n'y a aucun doute; mais que faut-il décider si le preneur ne possède pas comme propriétaire? Il est emprunteur, dépositaire, locataire; le prêteur, le déposant, le bailleur a contre lui une action personnelle, que le possesseur ne peut pas repousser par la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Donc, en principe, les propriétaires peuvent réclamer la restitution des objets prêtés, loués ou déposés. Voilà un conflit entre le privilége et le droit de propriété : lequel l'emportera?

Pothier enseigne que le privilége l'emporte sur la propriété, mais les motifs qu'il donne prouvent qu'il est très-embarrassé pour justifier sa doctrine. Il suppose qu'un tapissier a loué des meubles au preneur ; si le propriétaire de la maison saisit les meubles, le tapissier ne peut se les faire rendre qu'à la charge de payer les loyers. Pothier se fonde sur ce que le tapissier, en remettant les meubles à un locataire, est censé avoir consenti à ce qu'ils fussent obligés au payement des loyers. Voilà un consentement présumé qu'il est difficile d'admettre, le législateur seul pouvant établir des présomptions qui dépouillent un propriétaire de son droit. Pothier lui-même ne paraît pas avoir grande confiance dans son argumentation, car il cherche un appui dans les textes des coutumes qui avaient été interprétées en ce sens; mais l'argument *a contrario* que l'on en déduisait est sans valeur, puisque le texte des coutumes n'est pas celui du code civil. Tout ce que l'on peut dire, c'est que, le privilége du bailleur étant traditionnel, il faut interpréter le code par la tradition. Il y a une disposition formelle du code qui consacre cette interprétation : « Lorsqu'un cheptel, dit l'article 1813, est donné au fermier d'autrui, il doit être notifié au propriétaire de qui ce fermier tient, sinon ce propriétaire peut le saisir et vendre pour ce

que son fermier lui doit. » Ce que l'article 1813 dit des animaux donnés à bail doit être étendu, par identité de raison, à toutes choses que le locataire d'une maison reçoit à titre de bail, et, par analogie, aux effets prêtés et déposés (1).

Reste à donner un motif juridique de la doctrine traditionnelle. Duranton croit que ce qu'il y a de mieux à dire, c'est qu'il y a faute ou imprudence de la part du propriétaire des effets mobiliers de les avoir confiés à un locataire de la solvabilité duquel il n'était pas certain. Cette raison est encore plus mauvaise que celle de Pothier; l'imprudence du propriétaire des meubles peut-elle autoriser le locataire à engager, pour le payement de ses loyers, des choses qui ne lui appartiennent point? Il nous semble que l'article 2279 fournit un motif plus juridique. Celui qui possède un objet mobilier à titre de propriétaire en acquiert la propriété, s'il est de bonne foi. Si l'on peut acquérir la propriété d'un objet mobilier par la possession de bonne foi, on peut aussi acquérir un droit réel sur un objet mobilier que l'on possède de bonne foi; or, le bailleur a un droit réel sur les objets qui garnissent les lieux loués; il l'a à titre de gage, donc parce qu'il possède, car il n'y a pas de gage sans possession. C'est le preneur qui les soumet à ce gage en les recevant chez lui; peu importe qu'il ne soit pas propriétaire, car la propriété des objets mobiliers est acquise à l'acquéreur, quand même le vendeur n'en a pas la propriété; de même le bailleur acquiert son droit réel sur les meubles qu'il possède par l'intermédiaire du preneur, quoique celui-ci n'en soit pas propriétaire, il suffit que le bailleur les possède de bonne foi. Dans cette théorie, il est indifférent que le preneur sache que les meubles ne lui appartiennent pas; il est encore plus indifférent que le propriétaire des objets mobiliers ait une action en restitution, et il n'est pas nécessaire de présumer, avec Pothier, qu'il consent à ce que les meubles servent de gage au bailleur, car ce n'est pas le propriétaire des effets mobiliers qui les donne en gage,

(1) Duranton, t. XIX, p. 111, n° 86, et la plupart des auteurs. Pont suit la doctrine de Pothier (*Du louage*, n° 243), t. I, p. 88, n° 122. Comparez Bruxelles, 7 juin 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 128).

c'est le preneur; tout se passe entre celui-ci et le bailleur de l'immeuble; et, dans ces rapports, on peut appliquer le principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre (1).

418. Cette théorie explique aussi la condition que la doctrine et la jurisprudence exigent pour que le bailleur ait un privilége sur les objets mobiliers qui n'appartiennent pas au preneur. Il doit être de bonne foi, c'est-à-dire qu'il doit ignorer que ces objets sont la propriété d'un tiers; s'il le sait, il n'aura pas de privilége. Quel est le motif de cette condition? Dans la théorie de Pothier, elle n'a pas de raison d'être. Si le tiers propriétaire consent à affecter les meubles au privilége du bailleur, il ne peut plus être question de la mauvaise foi de celui-ci; il n'y a pas de mauvaise foi à recevoir en gage des objets qui appartiennent à un tiers, avec le consentement de ce tiers. La condition ne s'explique pas davantage dans le système de Duranton : qu'importe la bonne foi du bailleur, si l'imprudence du tiers est le fondement du droit de gage? A vrai dire, cette explication n'explique rien.

Il y a une autre doctrine qui explique tout par la bonne foi du bailleur; en voyant des meubles en la possession de son locataire, dit-on, il a dû croire que celui-ci en était le propriétaire; il a compté sur ces meubles, on ne peut pas les soustraire à son droit de gage sans tromper sa légitime attente. Cette raison du privilége fait défaut quand le bailleur savait que les meubles n'appartenaient pas à son locataire (2). L'explication est également insuffisante. La bonne foi du bailleur ne peut pas donner au preneur le droit de constituer un privilége sur des objets qui ne lui appartiennent pas, de même que la bonne foi du vendeur ne suffit point pour transférer la propriété à l'acheteur. Mais, d'après le principe de l'article 2279, la bonne foi de l'acheteur peut être opposée au propriétaire qui revendique la chose contre

(1) Valette, *Des priviléges*, p. 60, n° 56. Besançon, 26 juillet 1876 (Dalloz, 1877, 2, 39). La cour a jugé que le bailleur d'une maison dans laquelle le locataire a ses ateliers d'imprimerie est privilégié sur le métal des clichés, bien que l'éditeur en soit propriétaire.

(2) Martou, t. II, p. 104, n° 411.

le possesseur; et ce principe est aussi applicable aux démembrements de la propriété mobilière. Si l'acheteur est de mauvaise foi, il ne peut pas repousser la revendication par la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. De même celui qui possède une chose mobilière en vertu d'un droit réel ne peut pas se prévaloir de sa possession contre le propriétaire, quand il savait que la chose n'appartenait pas à celui qui lui a concédé le droit réel (1).

419. L'application du principe soulève des difficultés. Si le bailleur a toujours ignoré que les objets fussent la propriété d'un tiers jusqu'à ce que celui-ci s'oppose à l'exercice du privilége, le droit du bailleur n'est point douteux. Mais si, lors du transport des objets dans les lieux loués, il ignorait qu'ils fussent la propriété d'un tiers, et qu'ensuite il apprend qu'ils n'appartiennent pas au locataire, pourra-t-il néanmoins exercer son privilége? La solution dépend de l'interprétation que l'on donne au principe de l'article 2279. Si l'on admet, avec l'opinion générale, que le possesseur de bonne foi devient propriétaire par la prise de possession de la chose, et que, une fois devenu propriétaire, il conserve la propriété, quand même il cesserait d'être de bonne foi, la solution n'est pas douteuse. Le bailleur acquiert un droit réel sur les objets mobiliers que le preneur transporte dans les lieux loués, en supposant qu'il soit de bonne foi à ce moment, et il conservera ce droit alors même qu'il apprendrait plus tard que les objets grevés de son privilége n'appartenaient pas au preneur. La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour cette opinion (2). Nous reviendrons sur la question de principe au titre de la *Prescription*.

420. Le bailleur qui sait que tels meubles n'appartiennent pas au preneur ne peut pas exercer son privilége sur ces objets. Faut-il, pour qu'il soit censé le savoir, que le propriétaire des effets mobiliers lui ait fait connaître ses

(1) Valette, *Des Priviléges*, p. 61, n° 56.

(2) Martou, t. II, p. 105, n° 413. Pont (t. I, p. 84, n° 119) fait une restriction que MM. Aubry et Rau ont raison de rejeter (t. III, p. 142, note 28). Comparez Mourlon, *Examen*, t. I, p. 245, n° 88. Il y a un arrêt de la cour de Liége, 8 avril 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 254) dans le sens de l'opinion générale.

droits par une notification? En principe, la négative nous paraît certaine. Il s'agit de savoir si un possesseur est de bonne foi (n° 418); or, la bonne foi est une question de fait. Il est certain que, dans le cas de vente d'un meuble, l'acheteur est de mauvaise foi s'il sait, n'importe de quelle manière, que son vendeur n'était pas propriétaire de la chose vendue. Or, le bailleur invoque, de même que l'acheteur, la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre; on doit donc lui appliquer les principes qui régissent la bonne foi (1).

La question est cependant controversée. Le dernier auteur qui a écrit sur la difficile matière des priviléges, M. Pont, enseigne qu'il n'y a point de principe absolu dans notre espèce, que tout est dans les circonstances; et il entend par là que si la connaissance quelconque que le bailleur a eue fait supposer qu'il a renoncé au gage, on ne peut pas exiger que le propriétaire des objets mobiliers lui ait fait une notification préalable; mais, hors ce cas, cette notification est une nécessité, parce que c'est le seul moyen de prouver d'une manière précise que le bailleur a connu l'état réel des choses (2). Nous croyons que c'est mal poser la question et mal la résoudre. Il ne s'agit pas de savoir si le bailleur renonce ou non à son privilége; la connaissance qu'il a, par une voie quelconque, que les meubles n'appartiennent pas au locataire le constituent de mauvaise foi, et la mauvaise foi empêche le privilége de prendre naissance. Il faut donc écarter toute idée de renonciation. Quant à la question de preuve, la décision est très-simple, comme nous allons le dire : on applique le droit commun par cela seul que la loi n'y a pas dérogé. Est-ce que le droit commun est par hasard que la mauvaise foi du possesseur doit se prouver par une notification? Il faut dire, au contraire, que l'interprète n'a pas le droit d'exiger une notification, par cela seul que la loi ne l'exige point.

La jurisprudence est divisée, et elle est peu précise. Il y a des arrêts en faveur de l'opinion que nous enseignons

(1) Martou, t. II, p. 105, n° 415. Aubry et Rau, t. III, p. 142, note 22, § 261.
(2) Pont, t. I, p. 89, n° 122.

et qui est généralement suivie par les auteurs (1). D'autres arrêts exigent que le propriétaire des effets mobiliers fasse connaître ses titres et ses droits au bailleur, sans dire comment il doit donner cette connaissance et sans motiver cette condition (2). Des décisions non motivées n'ont aucune autorité. Enfin il y a un arrêt de la cour de Bruxelles qui exige formellement une notification (3); Martou dit qu'il le tient pour vicieux en tous points. La cour pose en principe que le propriétaire des meubles, en consentant à ce qu'ils soient transportés dans les lieux loués, est présumé par cela même consentir que les meubles soient affectés au gage du bailleur. Nous avons bien des fois écarté les présomptions que les interprètes imaginent pour le besoin de la cause, parce qu'il n'y a point de présomption sans loi. Dans l'espèce, la présomption n'a pas de raison d'être, il n'y a aucun rapport entre le propriétaire des effets mobiliers et le bailleur; ce n'est pas le propriétaire des meubles qui les soumet au gage, c'est le preneur de l'immeuble; pour mieux dire, c'est la loi. Pour que l'on pût admettre que le propriétaire des meubles les grève d'un droit de gage au profit du bailleur, il devrait intervenir une convention entre lui et le bailleur, et une convention se présume-t-elle? Après avoir créé une présomption, la cour ajoute que cette présomption admet la preuve contraire. Sans doute, mais quelle est la preuve contraire qui est admise en matière de présomptions? C'est toute preuve légale. D'après la cour de Bruxelles, il faudrait une notification, parce que la loi l'exige dans le cas du cheptel prévu par l'article 1813. C'est encore mal raisonner; de ce que, dans un cas spécial, la loi exige une notification, on ne peut pas conclure qu'une notification est toujours nécessaire pour constater la mauvaise foi. L'article 23 de la loi hypothécaire, que la cour invoque, prouve plutôt le contraire, puisqu'il se contente de la connaissance que le vendeur

(1) Bruxelles, 18 juin 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 26).
(2) Douai, 19 février 1848 (Dalloz, 1849, 2, 34). Liége, 22 juillet 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 317).
(3) Bruxelles, 11 novembre 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 239). Comparez Liége, 8 avril 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 154).

donne au bailleur. Nous reviendrons sur cette disposition, qui est également spéciale, puisque le vendeur n'est plus propriétaire des objets au moment où ils sont transportés chez le locataire. Tout ce qui résulte de ces textes, c'est qu'il y a des cas dans lesquels la loi veut que le propriétaire des effets mobiliers fasse connaître ses droits au bailleur et exige même une notification; encore la doctrine et la jurisprudence décident-elles que, dans le cas de l'article 1813, la notification n'est point de rigueur (1). Le principe, tel que nous l'avons établi, reste donc intact; aucune notification n'est requise pour constituer le bailleur de mauvaise foi.

421. Comment se fera la preuve de la mauvaise foi du bailleur? Nous répondons d'après le droit commun, puisque la loi ne prévoit pas même la difficulté; et, dans le silence de la loi, ce sont les principes généraux qui reçoivent leur application. Il ne saurait y avoir de doute sur ces principes. C'est le propriétaire des objets mobiliers qui demande à prouver que le bailleur savait que ces objets n'appartenaient pas au locataire. Doit-il faire cette preuve par écrit? Non, car aucune convention n'intervient entre lui et le bailleur. La mauvaise foi du bailleur est donc un simple fait qui se prouve par témoins et par présomptions, quelle que soit la valeur du litige. La doctrine (2) et la jurisprudence (3) sont en ce sens.

422. Pothier fait la remarque qu'il y a des objets mobiliers qui ne sont pas affectés au privilége du bailleur, quoique par leur nature ils garnissent, en général, les lieux loués. Nous avons dit que les matières premières et les produits fabriqués garnissent les ateliers et les fabriques. Cela suppose qu'ils appartiennent au locataire; si c'est un tiers qui a remis les objets mobiliers à l'ouvrier ou au fabricant pour les manufacturer, ils ne sont pas frappés du privilége. Pothier en a fait la remarque : « Le linge, dit-il, que l'on donne à un blanchisseur pour le blanchir, l'étoffe que l'on

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 142, note 22, § 261. Comparez le t. XXVI de mes *Principes*, n° 103.
(2) Valette, p. 62, n° 56. Martou, t. II, p. 107, n°s 415 et 416.
(3) Aix, 30 mars 1865 (Dalloz, 1866, 2, 9).

donne à un tailleur pour faire des habits, les montres qu'on donne à un horloger pour les raccommoder, les livres qu'on donne à un relieur pour les relier, et autres choses semblables ne sont point censés garnir les maisons de ces personnes et ne répondent pas des loyers qu'elles en doivent (1). » La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (2). Il reste à voir quelle est la raison de décider.

A notre avis, c'est l'application du principe que nous venons d'établir : le privilége du bailleur ne porte point sur les meubles que le bailleur sait ne pas appartenir au preneur. Comment prouver qu'il le sait? Par toute preuve légale, même les présomptions. Or, le bailleur connaît la profession du locataire, il sait qu'à raison de sa profession il reçoit des effets mobiliers pour les façonner; il sait donc que ces objets ne lui appartiennent pas; dès lors ils ne peuvent être affectés du privilége. Il faut entendre en ce sens ce que dit M. Valette : la connaissance que le locateur a du droit des tiers est *présumée* à l'égard des objets mobiliers dont l'introduction dans la maison louée s'explique par la profession du locataire (3). Non pas qu'il y ait une présomption légale, mais les présomptions de l'homme sont admises pour prouver la mauvaise foi du bailleur, puisque la preuve testimoniale est admissible.

On s'énonce donc d'une manière trop absolue en disant que le privilége du bailleur ne frappe pas les objets qui n'ont été remis au locataire qu'à raison de son industrie et seulement pour être façonnés ou travaillés. Il faut ajouter une condition : c'est que le propriétaire en ait été instruit, ou qu'il n'ait pu l'ignorer d'après les circonstances ou la nature de l'industrie. Si Pothier ne mentionne pas cette condition, c'est que, dans les cas qu'il cite, le doute n'est pas possible; le bailleur ne peut pas compter, pour la sûreté de ses loyers, sur des objets qui ne font que passer entre les mains de celui à qui on les confie; le linge ne se trouve

(1) Pothier, *Du louage*, n° 245.
(2) Duranton, t. XIX, p. 107, n° 82, et tous les auteurs. Voyez les arrêts cités plus loin.
(3) Valette, *Des Priviléges*, p. 62, n° 56. Comparez Martou, t. II, p. 168, n° 417.

chez la blanchisseuse que pour être blanchi; dès qu'il l'est, l'ouvrière le rend à ceux qui le lui ont remis; la profession de la locataire fournit ici la preuve que le bailleur a su que les objets ne garnissent point la maison louée. Mais la profession du locataire peut laisser un doute; dans ce cas, il faut qu'il soit prouvé que le propriétaire ait su que les objets litigieux ne se trouvaient chez le locataire que pour être travaillés. Nous allons rencontrer la difficulté en exposant la jurisprudence.

Dans une espèce jugée par la cour de Paris, il s'agissait de savoir si le bailleur d'un moulin avait un privilége sur les farines que les tiers donnaient à moudre au locataire. En principe, la négative est certaine; si le bailleur a un privilége sur les objets qui garnissent les lieux loués, c'est, dit la cour, parce que ces objets sont présumés appartenir au preneur; d'où suit que le privilége doit cesser quand le propriétaire a dû savoir, par la nature même de l'exploitation, que les objets qui garnissent n'appartiennent pas au locataire. Le principe pourrait être formulé d'une manière plus exacte; le privilége frappe tous les objets qui garnissent la maison, quand même ils ne seraient pas la propriété du preneur, à moins que le propriétaire ne sache qu'ils ne lui appartiennent point; la preuve qu'il le sait peut résulter de présomptions abandonnées à la prudence du magistrat, et la profession du locataire est une de ces présomptions. Voici quel était le motif de douter. Le bail portait défense au meunier de moudre pour autrui; donc, disait le bailleur, les farines qui se trouvent dans le moulin appartiennent au preneur. La cour répond que cette clause exorbitante ne pouvait être opposée aux tiers; que, par conséquent, les propriétaires des farines étaient admis à faire valoir leur droit de propriété (1).

La cour de cassation a appliqué le principe au cas où des tiers remettaient à un fabricant des balles de coton pour être converties en fil. Elle dit aussi d'une manière trop absolue que le privilége du bailleur ne s'applique qu'aux objets qui appartiennent au preneur. Mais il est vrai de

(1) Paris, 18 décembre 1848 (Dalloz, 1849, 2, 34).

dire, comme la cour l'ajoute, que le privilége ne porte pas sur des objets manipulés, manufacturés ou façonnés pour le compte d'autrui avec des matières remises par des tiers dans les usines, fabriques ou boutiques destinées à ces usages, et dans lesquelles le public aurait l'habitude de faire convertir les matières premières en de nouvelles formes. Or, dans l'espèce, il était constaté que les balles de coton saisies par le bailleur appartenaient à un tiers, qui les avait remises pour être converties en fil, ainsi que cela se pratiquait généralement dans cette fabrique, pour tout le monde (1).

Un arrêt récent de la cour de cassation a décidé la difficulté de principe. La cour rappelle d'abord que le privilége du bailleur grève les meubles qui garnissent, alors même qu'ils appartiennent à des tiers. Pour écarter le bailleur, il ne suffit pas que les meubles aient été remis au locataire à raison de son industrie et en vue d'un emploi ou usage déterminé; il faut encore qu'il résulte des circonstances ou de la nature même de cette industrie que le locateur en ait eu connaissance ou n'a pu l'ignorer. Dans l'espèce, le locataire était un tailleur, qui, à la différence de la plupart des tailleurs dans les grandes villes, ne fournissait pas le drap, mais se bornait à façonner pour ses commettants les matières premières qu'on lui confiait. Le bailleur n'avait pas été informé de cette situation exceptionnelle; les pièces de drap qui étaient remises au locataire figuraient dans ses magasins comme si elles lui appartenaient; elles garnissaient donc les lieux loués. Dès lors ces objets étaient frappés du privilége. Ce n'était pas le cas d'appliquer l'exception traditionnelle, puisque le bailleur ignorait que les meubles litigieux n'appartenaient pas au locataire(2). On s'est prévalu, dans cette affaire, d'un arrêt de la cour de cassation qui décide que les marchandises consignées à un commissionnaire ne sont pas grevées du privilége (3). L'espèce est toute différente de celle que nous venons de rapporter. Le loca-

(1) Rejet, 22 juillet 1823 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 249).
(2) Rejet, 17 mars 1873, au rapport de Guillemard (Dalloz, 1874, 1, 442). Comparez Liége, 14 juin 1876 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 373).
(3) Rejet, 13 août 1872 (Dalloz, 1872, 1, 466).

taire étant commissionnaire, les effets consignés ne pouvaient lui appartenir; et il était constaté que le bailleur avait connaissance de ce fait.

423. La question de savoir si ces principes s'appliquent aux marchandises d'un consignateur qui se trouvent à titre de dépôt ou de consignation dans les magasins d'un commissionnaire, a été portée plusieurs fois devant la cour de cassation. On disait que le tiers propriétaire devait prouver que le bailleur savait que les marchandises n'appartenaient pas au locataire. Sans doute. Mais il s'agit de savoir comment cette preuve peut se faire; l'arrêt attaqué se fondait sur la notoriété publique et sur les circonstances de la cause, c'est-à-dire sur des présomptions de l'homme; ce qui était très-juridique, puisqu'il s'agissait de prouver un simple fait (1).

Il y a cependant un motif de douter, que le pourvoi a fait valoir dans une espèce plus récente. La cour rejeta le pourvoi par deux motifs. D'abord parce que le privilége du locateur ne porte pas sur les objets placés chez le locataire, non pour y rester, mais provisoirement et en passant, tels que les marchandises qui sont en dépôt ou en consignation chez un commissionnaire. Ensuite parce qu'il n'y a pas lieu au privilége dans le cas où le bailleur sait que les objets mobiliers qui garnissent les lieux loués n'appartiennent pas au locataire; or, le bailleur savait que les marchandises sur lesquelles il prétendait exercer son privilége étaient des marchandises consignées. Le pourvoi objectait qu'il y avait une différence essentielle entre un commissionnaire et tout autre dépositaire; le commissionnaire, agissant en son propre nom, peut disposer des marchandises; partant, il en est propriétaire à l'égard des tiers; ce qui lui permet de les affecter au gage du bailleur. La cour répond que le fait d'emmagasiner des marchandises n'est pas par lui-même un acte de disposition; que, dès lors, elles restent sous l'empire du principe qui soustrait au privilége les effets dont le locataire n'est pas propriétaire; et le commis-

(1) Rejet, chambre civile, 21 mars 1826 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 258).

sionnaire n'est pas propriétaire, le nom qu'il porte le prouve (1).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Paris; il exige, pour que les marchandises déposées chez le commissionnaire soient grevées du privilége, que les consignateurs aient fait une déclaration judiciaire, c'est-à-dire une notification par huissier, portant qu'ils entendent soustraire les marchandises au privilége du locateur (2). Si l'on demandait à la cour quelle loi exige cette condition? Et appartient-il au juge d'établir des conditions et de faire la loi? Nous croyons inutile d'insister, puisque l'arrêt n'est pas même motivé.

424. Nous avons supposé jusqu'ici que les objets mobiliers qui se trouvent chez le preneur ne lui appartiennent point, et qu'ils sont soustraits au privilége par le motif que le bailleur sait que le locataire n'en est pas le propriétaire. Il se peut que le preneur soit propriétaire, mais à charge d'un privilége : tel est le cas où les objets sont vendus et non payés. Le conflit s'élève alors, non entre le bailleur et le propriétaire, mais entre deux créanciers privilégiés : lequel l'emportera, le vendeur ou le bailleur? L'article 23 décide la question; nous y reviendrons en traitant du rang des priviléges.

425. La doctrine que nous venons d'exposer rattache le privilége du bailleur au principe de l'article 2279 (n° 418). Il faut donc appliquer au privilége du bailleur ce que cet article dit du tiers acquéreur d'une chose volée ou perdue. Le propriétaire peut la revendiquer contre un tiers acquéreur de bonne foi. Par identité de raison, le propriétaire doit avoir le droit de revendiquer sa chose contre un tiers possesseur de bonne foi qui oppose son privilége au propriétaire : le privilége ne peut pas s'établir sur une chose volée ou perdue, puisque le propriétaire peut la revendiquer pendant trois ans; et s'il la revendique, le droit de propriété l'emporte sur le privilége. La situation du tiers acquéreur est singulière : comme acheteur, il est proprié-

(1) Rejet, 13 août 1872 (Dalloz, 1872, 1, 466).
(2) Paris, 5 mai 1828 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 260, 1°).

taire, mais il est sujet à l'action en revendication pendant trois ans; il ne peut donc faire aucun acte de disposition au préjudice du propriétaire de la chose volée ou perdue; s'il la revend, le propriétaire dépouillé conserve son droit de la revendiquer; à plus forte raison le propriétaire peut-il faire valoir son droit contre un simple créancier privilégié (1).

III. *Des objets qui appartiennent au sous-locataire.*

426. Le bailleur peut-il exercer son privilége sur le mobilier du sous-locataire? Aux termes de l'article 820 du code de procédure, les effets des sous-locataires et des sous-fermiers peuvent être saisis-gagés pour les loyers et fermages dus par le locataire ou fermier de qui ils tiennent. La saisie-gagerie est le préliminaire de l'exercice du privilége (code de proc., art. 819); si le bailleur a le droit de saisir-gager les effets du sous-preneur, c'est que ces effets sont affectés à son privilége. Il y a cependant ici une anomalie, et ce n'est pas la seule que l'on rencontre dans la matière difficile du sous-bail. Le privilége du bailleur repose sur un gage tacite, donc sur une convention que la loi suppose et qui intervient entre le débiteur et son créancier; or, le sous-bail se fait entre le locataire et le sous-locataire; celui-ci doit garantir les droits de son bailleur en garnissant les lieux loués d'un mobilier suffisant pour assurer le payement de son loyer; le privilége appartient donc au locataire principal, il n'appartient pas au bailleur primitif; celui-ci ne contracte pas avec le sous-locataire, et là où il n'intervient aucune convention, il ne peut pas s'agir d'un gage tacite. Nous renvoyons, quant à la difficulté de principe, au titre du *Louage* (t. XXV, n[os] 200-203). Les textes ne laissent aucun doute. D'après l'article 1753, le sous-locataire est tenu envers le propriétaire jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des payements faits par anticipation. Le sous-locataire est donc tenu envers le bail-

(1) Duranton, t. XIX, p. 106, n° 31, et tous les auteurs.

leur principal, sur les meubles qui garnissent les lieux loués et qui sont sa propriété. Il y a, en vertu de la loi, gage tacite au profit du bailleur principal, quoique aucune convention n'existe entre lui et le sous-locataire; seulement ce gage est limité; le bailleur ne peut le faire valoir que jusqu'à concurrence de ce que le sous-locataire doit au sous-locateur au moment de la saisie (1).

427. La situation complexe du bailleur privilégié et du sous-locataire a soulevé quelques doutes dans l'application du principe, difficultés qui tiennent à la théorie plutôt qu'à la pratique, car la décision n'est guère douteuse. Il est dit dans l'acte de bail que le preneur pourra sous-louer et céder son bail et même vendre son établissement de commerce; le locataire use de ce droit; on demande si le bailleur conserve son privilége sur le mobilier qui garnit les lieux loués par le sous-locataire. Le mobilier n'est plus la propriété du preneur primitif, devenu sous-bailleur; il appartient au sous-locataire, et il est affecté au privilége du sous-bailleur. Il faut donc décider que le bailleur primitif n'a action sur le mobilier que dans les limites de ce que doit le sous-preneur. La cour de Paris a jugé que le bailleur principal conservait son privilége sur le mobilier vendu, parce que le locataire n'avait pu le vendre que grevé du privilége dont il était affecté (2). Cela ne nous parait pas exact. Le privilége mobilier n'affecte pas les meubles, comme l'hypothèque affecte l'immeuble; aussi le créancier privilégié n'a-t-il pas, en principe, le droit de suite. Si la loi permet au bailleur de revendiquer les objets mobiliers, c'est quand le preneur les déplace sans son consentement; or. dans l'espèce, il ne s'agissait pas de revendication, le fonds de commerce avait été vendu avec le consentement du bailleur; dès lors celui-ci ne pouvait plus avoir de privilége sur des meubles qui n'appartenaient plus à son locataire.

(1) Rejet, 2 avril 1806 (Dalloz, au mot *Louage*, n° 430, 1°).
(2) Paris, 28 février 1832 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 240). Comparez Amiens, 10 avril 1839 (Dalloz, au mot *Louage*, n° 430, 1°).

IV. *Des fruits.*

428. Aux termes de l'article 20 (code civ., art. 2102), le privilége du bailleur porte sur les fruits de la récolte de l'année. Faut-il induire de là que le privilége ne grève pas les fruits des années précédentes? Non, certes; ces fruits sont compris dans cette expression de la loi : *tout ce qui garnit la ferme;* car la ferme est destinée à recevoir les fruits, comme la maison est destinée à recevoir les meubles. On peut donc appliquer aux fruits récoltés ce que la loi dit des effets mobiliers qui garnissent les lieux loués; dans les exploitations rurales, le bailleur doit compter sur la garantie que lui offriront les récoltes, et le fermier est intéressé à la lui donner. Il y a, de plus, la considération que nous avons déjà fait valoir en faveur du propriétaire, c'est que les fruits sont produits par sa chose; il est donc juste que, sur ces fruits, il soit préféré aux autres créanciers. Cette considération s'applique aux fruits en général, aux récoltes des dernières années comme à la récolte de l'année courante. Il n'y a pas à distinguer si les fruits sont engrangés ou s'ils sont en meules, pourvu qu'ils se trouvent sur la ferme (1).

Si les fruits, comme tels, sont grevés du privilége, pourquoi la loi ne parle-t-elle que des fruits de la récolte de l'année? On a dit que la loi suppose que les fruits des années précédentes étaient vendus. L'explication est insuffisante. Il va de soi que le privilége ne porte pas sur des fruits vendus, puisque le fermier a le droit de les vendre, comme nous le dirons plus loin, sans que le bailleur puisse les revendiquer. A notre avis, la loi entend par la récolte de l'année les fruits pendants par branches ou par racines; il est certain que les fruits pendants sont frappés du privilége; toutefois, si la loi ne l'avait pas dit, on aurait pu le contester. Quand il est question de privilége, il ne faut jamais perdre de vue que la loi suppose un débiteur en dé-

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 113, n° 425. Duranton, t. XIX, p. 94, n° 73, et p. 100, n° 77.

confiture ou en faillite et le concours des créanciers; le bailleur se présente pour exercer son privilége : sur quels fruits porte-t-il? Telle est la question à laquelle répond l'article 20 (code civil, art. 2102). Il y a des fruits récoltés : sont-ils frappés du privilége? Oui, et sans doute aucun, car ils garnissent la ferme. Voilà pourquoi la loi n'en dit rien. Le privilége porte-t-il aussi sur les fruits pendants? Cela pouvait paraître douteux. En effet, les fruits pendants appartiennent au propriétaire comme accessoires du sol, et ils sont immeubles comme tels; n'en doit-on pas conclure que ces fruits sont, avec le fonds auquel ils sont attachés, la garantie des créanciers qui ont une hypothèque sur le fonds? Il y avait donc un conflit entre les créanciers hypothécaires et le bailleur, la loi le vide en se prononçant pour le propriétaire; ce qui est logique dans le système du code. Lorsqu'un privilége est en conflit avec l'hypothèque, la loi donne la préférence au créancier privilégié à raison de la qualité de sa créance (art. 12).

429. Dans notre opinion, il n'y a aucune différence entre le privilége qui porte sur la récolte de l'année et le privilége qui porte sur les récoltes des années antérieures. Le fondement du privilége est le même dans les deux cas; donc il n'y a pas de distinction à faire. Aussi n'y a-t-il rien dans nos textes qui implique la moindre différence entre les deux hypothèses. La loi ne mentionne pas les fruits des récoltes antérieures; ils restent sous l'empire du droit commun. En est-il autrement de la récolte de l'année? Non, car la loi met ces fruits sur la même ligne que les effets mobiliers qui garnissent la ferme; le principe est donc identique, malgré la différence des objets qui sont grevés du privilége.

Ce n'est pas ainsi qu'on interprète la loi dans l'opinion générale. On établit une différence entre les fruits de la récolte de l'année et les fruits des récoltes antérieures. D'abord on admet une différence quant au fondement du privilége dans les deux hypothèses. Les fruits de l'année sont frappés du privilége à titre de fruits, tandis que les fruits des années précédentes se confondent avec les effets qui garnissent la ferme. Ce n'est pas une question de mots.

Le privilége qui affecte les fruits garnissant la ferme procède entièrement de l'idée de gage; le privilége qui porte sur les fruits de l'année procède plus particulièrement de l'idée de propriété; ces fruits, produits par la chose du propriétaire, étaient à lui; il ne les a transmis au preneur que sous la condition du payement des fermages qui sont la représentation des fruits; il retient donc la propriété si la condition manque. Nous avons transcrit littéralement les paroles de M. Pont, qui n'a fait que formuler l'opinion générale (1). Avant d'exposer les conséquences qui découlent du principe, il faut apprécier le principe; à notre avis, il n'a aucun appui ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Quant au texte, cela est d'évidence, puisqu'il n'y a pas un mot dans l'article 20 (code civil, art. 2102) qui implique ou fasse soupçonner une distinction entre les fruits de l'année et les autres fruits. Quant à l'esprit de la loi, il est en opposition avec la théorie que nous venons d'exposer. Pour mieux dire, cette théorie est fausse, contradictoire dans les termes. Le propriétaire retient, dit-on, son droit de propriété sur les fruits quand le fermier ne paye pas les fermages; et c'est quand le fermier est en déconfiture que le bailleur se présente armé de son privilége; car c'est un privilége qu'il exerce, et non un droit de propriété. Dans l'opinion que nous combattons, on aboutit à cette conséquence impossible, absurde, qu'un propriétaire exerce un privilége sur sa propre chose. Acceptons un instant cette étrange théorie, et voyons si elle a raison de distinguer entre les fruits de l'année et les autres récoltes. Est-ce que par hasard les fruits changent de nature après la première année? Ne restent-ils pas ce qu'ils sont de leur essence, un produit du fonds? Et si le propriétaire les retient quand le fermier ne paye point, cesse-t-il de les retenir après que l'année de la récolte est passée? Ces questions n'ont pas de sens, et les réponses n'en ont pas davantage. Laissons là une doctrine qui se paye de mots, et revenons à la réalité des choses et aux vrais principes. Il y a une raison spéciale qui explique le privilége du bailleur sur les fruits,

(1) Pont, t. I, p. 91, n° 123.

c'est que les fruits sont produits par son fonds et qu'il en enrichit la masse (n° 379). Ce motif s'applique à tous les fruits, aux fruits qui garnissent comme aux fruits de l'année. Cela est encore une fois d'évidence. Donc, dans l'esprit de la loi comme d'après le texte, on cherche vainement un motif qui justifie la distinction que l'on fait, dans l'opinion commune, entre les fruits de l'année et les autres fruits. Quand les fruits sont détachés du sol, cela ne saurait être contesté : où est la différence entre les fruits qui sont en meule ou engrangés au mois d'août et les mêmes fruits qui se trouvent sur la ferme au mois d'octobre ou de novembre? Dans toute hypothèse, ils garnissent la ferme; et tant qu'ils font corps avec le sol, ne le garnissent-ils point? Ainsi, soit que l'on s'en tienne à l'idée de meubles qui garnissent, soit que l'on s'attache à l'idée de propriété, on ne parvient pas à saisir la raison de la différence que les interprètes font entre les fruits de l'année et les autres fruits; et si elle est insaisissable, c'est que la distinction est chimérique.

430. Nous arrivons aux conséquences qui découlent de la théorie que nous croyons devoir combattre. Les conséquences témoignent contre le principe, car elles sont tout aussi irrationnelles. Les fruits de l'année sont frappés du privilége, dit-on, quoiqu'ils ne garnissent point; tandis que les fruits des autres années ne sont grevés du privilége que s'ils garnissent, c'est-à-dire s'ils se trouvent dans la ferme ou dans les bâtiments qui en dépendent. Il en est autrement quand il s'agit des fruits de l'année; ils sont affectés au privilége du bailleur, alors même que les fruits seraient placés hors des bâtiments de la ferme (1). Nous demanderons quel est le texte, quel est le principe sur lesquels repose cette distinction. Le texte énumère, il est vrai, séparément les fruits de la récolte de l'année et les meubles qui garnissent : cette énumération séparée implique-t-elle un principe différent? Non, et la suite du texte le prouve, toujours à l'évidence. Il y a une troisième

(1) Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. III, p. 140, note 14, § 261. Il faut ajouter Duranton, t. XIX, p. 98, n° 76.

catégorie d'objets qui sont affectés au privilége du bailleur, c'est tout ce qui sert à l'exploitation de la ferme; si les fruits ne *garnissent* pas, dans le sens légal du mot, parce que la loi les distingue de *ce qui garnit la ferme*, il en faut dire autant de *ce qui sert à l'exploitation de la ferme*, car la loi distingue aussi ces effets mobiliers de ceux qui garnissent. Voici donc ce que l'on fait dire au texte : les ustensiles aratoires, les animaux que le fermier a attachés à la culture ne garnissent point la ferme; donc ils sont grevés du privilége, quand même ils ne se trouveraient pas sur la ferme. Conséquence absurde que personne n'admet; cela témoigne contre le principe, au moins ne peut-on pas dire qu'il résulte du texte.

Si l'on consulte l'esprit de la loi, y a-t-il à distinguer entre les fruits de l'année et les fruits des années précédentes en ce qui concerne la condition requise pour l'exercice du privilége? Nous avons entendu Grenier, l'orateur du Tribunat (n° 379); il dit que le privilége repose sur un gage tacite, et le droit de gage est inséparable de la possession des choses sur lesquelles il s'exerce. Donc les objets affectés au privilége du bailleur doivent se trouver sur la ferme, sinon le droit de gage ne se conçoit point. C'est la raison pour laquelle le bailleur peut saisir-gager les effets grevés du privilége. Y a-t-il une différence, sous ce rapport, entre les fruits de l'année et les autres fruits? On en chercherait vainement la raison. Il y a d'ailleurs un texte formel qui repousse toute distinction. L'article 819 du code de procédure porte que le propriétaire peut faire saisir-gager, pour loyers et fermages, les *effets* et *fruits* étant dans les *maisons* et *bâtiments ruraux* et *sur les terres*. Voilà l'identification complète des fruits qui se trouvent dans les bâtiments et de ceux qui se trouvent *sur terre;* ce qui s'applique surtout aux fruits de l'année; et *tous les fruits* sont mis absolument sur la même ligne que les *effets mobiliers* qui garnissent les lieux loués, tous sont saisis-*gagés;* tous sont donc l'objet d'un *gage,* tous sont soumis à la même condition : c'est qu'ils soient dans la maison, dans les bâtiments ruraux ou sur la terre.

Ainsi les principes comme le texte repoussent la distinc-

tion que l'on veut introduire dans la loi. Ajoutons que la distinction n'a aucune raison d'être; on ne voit pas pourquoi le législateur l'aurait établie. Ce sont les auteurs qui l'ont imaginée pour expliquer l'énumération distincte que la loi fait des fruits de l'année. Encore l'explication ne rend-elle pas raison du texte; l'interprétation que nous avons proposée explique et justifie le texte, tout en s'harmonisant avec l'esprit de la loi et avec les principes généraux de droit.

431. On applique aux fruits les principes qui régissent les effets garnissant les lieux loués : le privilége du bailleur frappe tous les fruits qui se trouvent sur son fonds, soit engrangés, soit en meules, bien que ces fruits ne soient pas tous produits par la chose du bailleur. Il arrive souvent qu'un fermier tient des terres de deux propriétaires différents. D'après le principe que le propriétaire a un privilége sur les fruits qui naissent sur son fonds, chacun des deux bailleurs devrait avoir un privilége sur les fruits que ses terres ont produits; mais si le fermier engrange tous les fruits indistinctement dans les bâtiments dépendants de l'une des fermes, le propriétaire des lieux où se trouvent les fruits aura un privilége sur tous les fruits, à moins qu'il ne sache quels sont les fruits qui proviennent de la ferme de l'autre propriétaire. Celui-ci doit donc avoir soin de faire connaître au propriétaire de la ferme où les fruits de ses terres sont placés que ces fruits sont frappés de son privilége, ou il doit les revendiquer afin de les faire réintégrer sur les terres qui lui appartiennent. La jurisprudence est en ce sens (1). Vainement dirait-on que le propriétaire ne peut avoir privilége sur des fruits qui ne sont pas le produit de sa chose; on répondrait que son privilége porte sur tout ce qui garnit les lieux loués; or, les fruits engrangés et ceux qui sont mis en meules garnissent la ferme; donc ils sont grevés du privilége. Dans notre opinion, il n'y a pas à distinguer entre les fruits de l'année et les autres fruits; du moment que des fruits sont engrangés ou mis en

(1) Paris, 25 juin 1853 (Dalloz, 1855, 2, 353). Poitiers, 30 décembre 1823 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 237)

meule, ils garnissent la ferme sur laquelle ils se trouvent; donc ils sont affectés au privilége du propriétaire de cette ferme, sauf application des principes que nous avons exposés plus haut (nos 417, 418 et 419). D'après ces principes, on doit décider que le bailleur ne peut pas avoir de privilége sur les fruits qu'il sait avoir été produits par un fonds qui ne lui appartient pas. Il est vrai que, dans l'espèce, le fermier est propriétaire de tous les fruits, mais une partie de ces fruits ne lui appartiennent qu'avec l'affectation d'un privilége au profit d'un autre propriétaire. On peut donc appliquer, par analogie, les principes qui régissent les choses qui ne lui appartiennent pas. Si le propriétaire sur les terres duquel les fruits ont été récoltés peut prouver que l'autre propriétaire avait connaissance de ce fait, ce dernier ne pourra pas exercer son privilége sur ces fruits, puisque sa mauvaise foi a empêché le privilége de naître. C'est en ce sens qu'il faut entendre les arrêts qui font un devoir au propriétaire des fruits de notifier le fait au bailleur des terres sur lesquelles les fruits sont engrangés; c'est une mesure de prudence plutôt qu'une obligation.

432. Il faut aussi appliquer aux fruits ce que nous avons dit des meubles qui garnissent : le privilége du bailleur a toujours pour fondement un droit de gage, et le gage implique la possession de la chose affectée à la garantie de la créance. Le bailleur conserve donc son privilége sur les fruits tant que le fermier les possède; quand il cesse de les posséder, le privilége cesse. Nous dirons plus loin que le bailleur peut revendiquer les fruits s'ils sont simplement déplacés, il ne peut pas les revendiquer quand ils sont aliénés et livrés à l'acheteur. Tant que les fruits vendus ne sont pas livrés, le privilége du bailleur subsiste, puisque les fruits continuent à garnir les lieux loués, quoiqu'ils n'appartiennent pas au fermier; le privilége est plus puissant dans ce cas que le droit de propriété. C'est une conséquence du principe que le privilége du bailleur est un gage tacite; le débiteur peut bien vendre la chose engagée, mais il ne peut pas enlever au créancier gagiste son droit de gage; de même le fermier peut vendre ses fruits, mais il ne peut priver le bailleur de son gage

tant qu'il les possède, et il les possède tant qu'ils garnissent la ferme (1).

433. Il a été jugé qu'en cas de vente des fruits le bailleur ne peut pas exercer son privilége sur le prix qui en serait dû (2). Cela n'est point douteux. Du moment que les fruits sont vendus et livrés, le privilége du bailleur cesse (n° 434); il faudrait donc une disposition de la loi pour transporter le privilége sur le prix par une subrogation légale, et aucune loi ne consacre la subrogation dans ce cas. On a cité l'article 609 du code de procédure, aux termes duquel les créanciers pour loyers peuvent former opposition sur le prix de la vente. La cour de Lyon répond que la loi suppose que le bailleur a exercé son privilége avant la vente; une fois la vente consommée par la tradition, il est impossible que le créancier exerce son privilége, puisque le privilége est éteint (3).

434. Le privilége du bailleur sur les fruits appartient-il au propriétaire qui afferme ses biens à un colon partiaire? On a soutenu la négative en se fondant sur la nature particulière de ce bail, qui semble tenir de la société plus que du louage. Nous avons examiné la question de principe au titre qui est le siége de la matière (t. XXV, n°s 477 et 480). Dans notre opinion, le colonage est un bail; ce qui rend l'article 2102 (loi hyp., art. 20) applicable. L'équité et les principes sont certainement pour le propriétaire : il n'a d'autre garantie que les fruits, et il n'aurait pas traité sans ce gage. C'est dire que tous les motifs pour lesquels le privilége a été établi militent en sa faveur (1).

N° 4. DU DROIT DE REVENDICATION.

I. *Du déplacement des objets qui garnissent.*

435. Aux termes de l'article 20 (code civ., art. 2102), « le *propriétaire* peut saisir les meubles qui garnissent sa

(1) Duranton, t. XIX, p. 96, n° 75. Limoges, 26 août 1848 (Dalloz, 1849, 2, 173).

(2) Lyon, 24 février 1836 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 234). Martou, *Commentaire*, t. II, p. 114, n° 427.

(3) Limoges, 26 août 1848 (Dalloz, 1849, 2, 173).

maison ou sa ferme, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement. » Nous venons d'en donner un exemple pour les fruits (n° 431). Le privilége du bailleur, ayant pour fondement le droit de gage, ne peut être exercé que sous la condition que le bailleur possède, et il possède par l'intermédiaire du preneur. Celui-ci ne peut pas enlever au propriétaire le gage qu'il lui a tacitement consenti, en déplaçant les objets qui garnissent les lieux loués, c'est-à-dire en les plaçant dans des lieux qui ne dépendent pas de la maison ou de la ferme qu'il tient à bail; s'il les déplace, le propriétaire doit avoir le droit de les saisir, afin de les réintégrer dans les lieux loués.

La loi dit que le *propriétaire* a le droit de saisir les effets déplacés. Il faut appliquer au droit de saisie ce que nous avons dit du privilége (n° 382); le privilége appartient à tout bailleur, car il est accordé à la créance et non au créancier; or, la saisie n'est que la sanction du privilége; donc celui qui a le droit de gage peut le conserver par la saisie. Sans la revendication, le droit du bailleur serait un gage imparfait, car ce n'est pas lui qui possède directement, il possède par un intermédiaire qui peut trahir sa confiance : de là la nécessité du droit de saisie.

Il faut encore appliquer au droit de saisie ce que nous avons dit des objets frappés du privilége. Le bailleur exerce son privilége sur *tout ce qui garnit* les lieux loués; donc sur les objets qui n'appartiennent pas au preneur, pourvu qu'il soit de bonne foi. Dès lors il peut aussi saisir ces effets quand le preneur les déplace.

La loi ajoute que le propriétaire ne peut saisir les objets que lorsque le preneur les a déplacés sans son consentement. S'il consent à ce que les effets qui lui servent de gage soient déplacés, il renonce par cela même à sa garantie, puisque, en abdiquant la possession, il abdique son gage (art. 2076). Nous reviendrons sur ce point en traitant du droit de suite.

436. Tant qu'il n'y a point de déplacement, le gage du bailleur subsiste. Il faut appliquer à tout ce qui garnit les lieux loués ce que nous venons de dire des fruits (n° 433). Le preneur peut disposer des effets qui garnissent, puis-

qu'il en est propriétaire; il peut donc les aliéner, les grever d'un droit réel; mais tant qu'il reste en possession, le bailleur conserve son gage. Vainement dirait-on qu'en droit moderne la vente transporte la propriété et que tout droit réel est acquis, indépendamment de la tradition, non-seulement entre les parties, mais encore à l'égard des tiers. Cela suppose que les tiers n'ont pas un droit acquis sur la chose; or, le bailleur a un droit de gage, qui est aussi un droit réel; ce droit ne peut pas lui être enlevé tant qu'il possède la chose, et il continue à la posséder tant que la délivrance n'a pas été faite à l'acheteur. Seulement il faut ajouter que c'est un gage imparfait, puisque le preneur peut aliéner la chose engagée; la loi est venue au secours du bailleur en lui donnant le droit de suite, comme nous allons le dire. Pour le moment, nous supposons que les objets vendus n'ont pas été déplacés; ils restent sous la main du bailleur, et, par conséquent, il conserve son privilége. Ce que nous disons du droit de suite le prouve à l'évidence; le bailleur peut suivre la chose vendue même entre les mains d'un acquéreur de bonne foi. Par identité de raison, il faut dire qu'il conserve son privilége tant que les effets n'ont pas été délivrés à l'acheteur.

437. Le déplacement n'éteint le privilége que lorsque le preneur le fait, et c'est seulement dans ce cas que le droit de revendication est nécessaire au bailleur. Si c'est le syndic d'une faillite, l'héritier bénéficiaire ou le curateur à une succession vacante qui saisit les objets mobiliers pour les faire vendre, afin de liquider la masse, le bailleur conserve son gage, sans qu'il soit obligé de recourir à la revendication. La cour de cassation de Belgique l'a jugé ainsi, et cela n'est point douteux. En cas de faillite, le débiteur est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens; et, de leur côté, les créanciers ne peuvent plus agir individuellement contre le débiteur, leurs droits sont sauvegardés par la gestion que la loi confie aux syndics ou curateurs; les voies d'exécution que l'un des créanciers voudrait exercer seraient donc tout ensemble frustratoires et inutiles : frustratoires, puisque ce serait entraver l'action commune des créanciers, représentés par leur mandataire

judiciaire : inutiles, puisque les agents de la faillite sont chargés de conserver les biens du failli, de les vendre et de payer les créanciers privilégiés sur les premiers deniers rentrés, après avoir vérifié les créances. Il suit de là que le bailleur ne peut pas même continuer l'exécution qu'il avait commencée pour arriver à la réalisation de son droit; à plus forte raison, les procédures des syndics ou curateurs ne peuvent-elles pas nuire au bailleur; il n'aurait pas même le droit de s'opposer au déplacement et à la vente des objets qui garnissent les lieux loués; la loi a pourvu à ses intérêts, il n'a qu'à laisser faire les agents auxquels elle a confié la gestion des biens du failli (1).

II. *Du droit de suite.*

438. Le déplacement peut se faire sans que le preneur dispose de la chose; il en conserve la propriété et même la possession, mais le bailleur cesse de posséder du moment que les effets ne garnissent plus les lieux loués; il suffit, dans ce cas, que le bailleur les saisisse afin de les faire réintégrer dans les lieux loués. Ce n'est pas là ce que l'on entend par droit de suite. Les créanciers hypothécaires ont le droit de suite, en ce sens que, si le débiteur aliène l'immeuble affecté à leur créance, ils peuvent exercer l'action hypothécaire contre le tiers détenteur, c'est-à-dire faire vendre l'immeuble hypothéqué, pour être payés sur le prix par préférence aux autres créanciers. Ce droit de suite appartient aussi aux créanciers qui ont un privilége sur les immeubles; il n'appartient pas aux créanciers qui n'ont qu'un privilége mobilier, les meubles n'ayant pas de suite par hypothèque; c'est une vieille maxime du droit français que le code civil a consacrée (art. 2119) et que notre loi hypothécaire a reproduite (art. 46). Par exception à ce principe, le bailleur a le droit de suite. L'article 20, il est vrai, ne parle pas du droit de suite, mais il l'admet implicitement, en donnant au propriétaire le droit de

(1) Rejet, 2 février 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 117); Bruxelles, 13 juillet 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 231). Aubry et Rau, t. III, p. 150, note 45, § 261.

saisie ou de revendication, dans tous les cas où le preneur *déplace*, sans son consentement, les objets qui garnissent la maison ou la ferme; le mot *déplacer* s'entend de l'aliénation comme d'un simple changement de place. La tradition ne laisse aucun doute sur ce point (1).

Le bailleur a donc le droit de suivre les effets qui garnissent les lieux loués quand le preneur les a aliénés et qu'il en a fait la délivrance à l'acheteur. A-t-il ce droit, alors même que l'acheteur est de bonne foi? L'affirmative est admise par tout le monde, sauf le dissentiment de Grenier. Elle se fonde sur le texte et sur l'esprit de la loi. L'article 20 (code civil, art. 2102) est conçu dans les termes les plus généraux; dès que la chose est déplacée sans le consentement du bailleur, celui-ci peut la revendiquer contre le détenteur; la loi n'exige pas d'autre condition, et il n'est pas permis à l'interprète d'en ajouter, ce serait faire la loi. Le motif pour lequel la loi a donné au bailleur le droit de suite confirme la généralité du texte. La créance du bailleur a paru mériter cette faveur, comme nous le dirons plus loin; or, la faveur serait dérisoire si l'acheteur de bonne foi pouvait repousser l'action du créancier privilégié; la loi, voulant assurer le payement des loyers, a donc dû permettre au propriétaire de saisir les objets entre les mains d'un tiers possesseur de bonne foi. On a objecté que c'est donner au privilége, c'est-à-dire à un simple droit réel, une force plus grande qu'au droit de propriété. Le propriétaire ne peut pas revendiquer contre un tiers possesseur de bonne foi, il serait repoussé par l'exception qu'en fait de meubles, la possession vaut titre; peut-on donner à un créancier privilégié un droit que l'on refuse au propriétaire? L'objection ne tient aucun compte de la nature du droit de suite. Quand le créancier hypothécaire suit l'immeuble hypothéqué entre les mains d'un tiers détenteur, peu importe la bonne ou la mauvaise foi du possesseur; régulièrement il a connaissance de l'hypothèque; mais, quand même il ne la connaîtrait pas, il n'en reste pas moins soumis à l'action hypothécaire, comme il y était soumis dans l'ancien droit,

(1) Pont, t I, p. 107, n° 132, et plus loin le passage de Pothier (n° 173).

malgré la clandestinité de l'hypothèque, comme il y était encore soumis, d'après le code civil, malgré la clandestinité de l'hypothèque légale; la raison de décider est qu'il achète un immeuble démembré, et il doit subir les conséquences de ce démembrement de sa propriété. Or, en donnant au privilége du bailleur le droit de suite, la loi l'assimile à l'hypothèque; le bailleur doit donc avoir le même droit que le créancier hypothécaire (1).

439. Pourquoi la loi donne-t-elle au bailleur le droit de suite qu'elle refuse à tous les autres créanciers privilégiés? On répond d'ordinaire que la loi a dû armer le bailleur du droit de suite pour rendre son privilége efficace. La raison prouve trop et, partant, ne prouve rien; on en pourrait dire autant de tous les priviléges mobiliers. Pothier donne un motif juridique qui pèche également par trop de généralité. « Les meubles, dit-il, ayant contracté une *espèce d'hypothèque* lorsqu'ils ont été introduits dans la maison ou métairie, le locataire, ne les possédant, dès lors, qu'à la charge de *cette espèce d'hypothèque*, n'a pu les transporter à un autre qu'à cette charge, personne ne pouvant transférer à un autre plus de droit dans une chose qu'il n'en a lui-même (2). » Est-ce que tout privilége n'implique pas une hypothèque? C'est un seul et même droit; mais il y a des priviléges qui ne jouissent pas de tous les droits de l'hypothèque, à cause de la maxime traditionnelle qui refuse aux meubles toute suite (art. 46; code civil, art. 2119). Notre question revient donc. La loi ne donne pas le droit de suite aux priviléges mobiliers, quoiqu'on puisse les assimiler tous à des hypothèques, aussi bien que le privilége du bailleur : pourquoi fait-elle exception pour le privilége du propriétaire?

On répond que ce n'est pas une exception, que c'est plutôt l'application du droit commun. Le propriétaire d'un objet mobilier peut le revendiquer quand il s'agit d'une chose qui lui a été volée; or, quand le preneur vend une chose grevée du privilége du bailleur sans son consente-

(1) Duranton discute longuement la question (t. XIX, p. 137, n° 100).
(2) Pothier, *Du louage*, n° 261. Comparez Bruxelles, 10 juin 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 173).

ment, il le fait en fraude du privilége; c'est donc, comme on disait dans l'ancien droit, une espèce de *vol* ou de *larcin* du gage; donc le bailleur doit avoir le droit de revendication que la loi accorde au propriétaire (1). Cela est beaucoup trop absolu; on ne peut pas assimiler à un vol la vente d'un objet garnissant les lieux loués, quand même le preneur serait de mauvaise foi; le législateur seul pourrait faire cette assimilation, et rien ne prouve que telle ait été la pensée des auteurs du code civil. D'ailleurs le locataire qui vend peut être de bonne foi; ce qui n'empêche pas le bailleur d'exercer son droit de revendication.

En définitive, nous ne connaissons d'autre raison de la différence que la loi met entre le privilége du bailleur et les autres priviléges que la faveur singulière dont a toujours joui la créance du *seigneur d'hôtel* et du *seigneur de métairie*, comme Pothier ne manque jamais de dire en parlant du bailleur. La faveur n'est-elle pas exagérée? C'est l'affaire du législateur, qui apprécie la qualité des créances et proportionne en conséquence les droits qu'il y attache.

440. Le bailleur a-t-il le droit de revendication lorsque le mobilier qui garnit les lieux loués reste suffisant pour garantir la créance privilégiée? Nous avons examiné la question ailleurs (2) (t. XXV, n° 249).

441. La loi permet au bailleur de *revendiquer* les objets qui garnissent sa maison ou sa ferme. Le mot de *revendication*, dont la loi se sert, ne doit pas être pris ici dans son sens usuel. Revendiquer, c'est exercer le droit de propriété; le propriétaire seul peut revendiquer, et le bailleur n'est certes pas propriétaire des objets qui garnissent sa maison ou sa ferme. Ce que la loi appelle revendication est une saisie, dont le but est, non de rendre au bailleur un droit de propriété qu'il n'a jamais eu, mais de le remettre en possession des choses aliénées, afin de conserver son privilége, comme le dit l'article 20. Si la loi donne le nom de *revendication* à cette saisie, c'est que le

(1) Valette, *Des Priviléges*, p. 61 et suiv., nos 66 et 67.
(2) Comparez, en sens contraire à notre opinion, Pont, t. I, p. 106, n° 132, d'après Mourlon, *Examen critique*, n° 164.

bailleur a un droit réel sur la chose, c est-à-dire un démembrement de la propriété; il exerce donc un droit analogue à celui du propriétaire; et comme la langue française n'a pas de terme technique pour désigner l'action de celui qui fait valoir un droit réel, la loi s'est servie de l'expression qui marque l'exercice du droit entier de propriété.

442. Le bailleur peut-il revendiquer les objets qui garnissaient les lieux loués et qui n'appartenaient pas au preneur? Oui, et sans doute aucun. Le texte dit que le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme; or, les objets qui n'appartiennent pas au preneur garnissent néanmoins, quand telle est leur nature et leur destination. Le bailleur exerce son privilége sans être tenu de prouver que le preneur est propriétaire des objets qu'il fait saisir-gager; de même il a le droit de revendication sans qu'il doive prouver qu'il est propriétaire, car il ne revendique pas, il saisit, et il saisit pour garantir son privilége. S'il revendiquait, il devrait agir en justice et prouver qu'il est propriétaire; la revendication du bailleur, au contraire, est une saisie, et le bailleur saisit tout ce qui garnit; la seule chose qui était à prouver, c'est que les objets vendus garnissaient sa maison et sa ferme et qu'ils doivent y être réintégrés (1).

443. Le code de procédure apporte une exception au droit de revendication. D'après l'article 609, les créanciers, en cas de saisie, ne peuvent former opposition que sur le prix de la vente; et la loi ajoute expressément qu'il en est ainsi même du créancier pour *loyers*. Il est inutile de saisir-revendiquer quand il y a déjà une saisie-exécution; les meubles sont mis sous la main de la justice, sous la réserve de tous les droits. Le bailleur, en formant opposition sur le prix, sauvegarde ses intérêts, puisque, en vertu de son privilége, il sera payé par préférence sur le prix (2).

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 117, n° 431.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 150, note 44, § 261. Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Poitiers, du 17 février 1831 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 291). Comme il s'agit de l'interprétation du code de procédure, nous renvoyons à Martou, t. II, p. 119, n° 437.

III. *De l'exercice du droit de saisie-revendication.*

444. La loi ne permet la revendication que dans un très-court délai : le bailleur doit la faire, lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, dans le délai de quarante jours, et dans celui de quinzaine s'il s'agit de meubles garnissant une maison. Quand le propriétaire revendique des objets aliénés par le preneur, il y a un motif d'intérêt général pour lequel il doit agir dans un bref délai, c'est que la propriété de l'acquéreur reste incertaine, et la stabilité de la propriété est d'intérêt public. S'il y a un simple déplacement, la propriété n'est pas en cause; mais le déplacement peut donner naissance à un nouveau privilége, comme dans le cas où des fruits produits par un fonds sont transportés sur des terres appartenant à un autre propriétaire; dans ce cas encore, il y a un conflit de droits réels auquel il importe de mettre fin. En toute hypothèse, le législateur a dû fixer un bref délai, puisque l'intérêt des tiers peut être engagé d'un jour à l'autre dans un conflit avec le propriétaire; et celui-ci ne peut pas se plaindre de ce qu'on lui enlève son privilége, puisqu'il ne tenait qu'à lui de le conserver. Voilà pourquoi la loi fixe un délai plus long quand il s'agit de meubles qui garnissent une ferme; le propriétaire, n'étant pas sur les lieux, ne sera pas informé immédiatement; il lui faut donc un temps plus long pour agir.

Est-ce à dire que le délai ne commence à courir qu'à partir du jour où le bailleur a eu connaissance du déplacement? Non, la différence de délai que nous venons de signaler prouve le contraire. Pourquoi aurait-on donné au propriétaire d'une ferme quarante jours pour agir et quinze seulement au propriétaire d'une maison, si le délai ne courait contre l'un et l'autre qu'à partir du jour où ils ont connu le déplacement? Le législateur suppose qu'un délai de quinze ou de quarante jours suffit pour informer le propriétaire. Sur ce point, tout le monde est d'accord (1). Mais

(1) Pont, t. I, p. 105, n° 131. Bruxelles, 10 août 1812 (Dalloz, au mot *Saisie-revendication*, n° 13), et 25 mars 1814 (*Pasicrisie*, 1814, 2, 38). Rejet, 6 mai 1835 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 283).

on demande s'il n'y a pas lieu de faire une exception dans le cas où il y aurait eu un concert frauduleux entre le preneur et le tiers, pour cacher le déplacement, afin d'empêcher le bailleur de revendiquer. La question est controversée. Il nous semble que, s'il y a fraude proprement dite, il faut appliquer le vieil adage, d'après lequel le dol fait toujours exception. Dans ce cas, la supposition du législateur tombe; le bailleur n'a pas pu agir, puisque les manœuvres que l'on a employées l'ont empêché d'apprendre le déplacement, et la loi ne peut pas favoriser la fraude (1).

445. La loi exige encore une autre condition pour que le bailleur puisse revendiquer, c'est qu'il n'ait pas consenti au déplacement, ce qui s'applique aussi au cas où les objets ont été vendus avec le consentement du bailleur. En consentant à ce que les objets grevés de son privilége soient déplacés ou vendus, le bailleur renonce à son droit de gage. Le consentement peut être exprès ou tacite : c'est le droit commun, et la loi n'y déroge point puisqu'elle n'exige pas un consentement formel.

Le consentement tacite est très-fréquent; il existe dans tous les cas où les objets frappés du privilége sont destinés à être vendus et doivent l'être pour que le bail atteigne son but et que le preneur se procure les moyens de payer les loyers ou fermages. Telles sont les marchandises qui garnissent une boutique et les produits fabriqués qui garnissent un atelier ou une manufacture. Le bailleur consent à ce que ces choses soient vendues, parce que le locataire loue la boutique, l'atelier ou la fabrique pour y exercer son commerce ou son industrie, c'est-à-dire pour vendre les objets qui garnissent les lieux loués; le bailleur ne perd rien à la vente, puisque en vendant le preneur s'enrichit, et régulièrement les objets qu'il vend sont remplacés par des objets nouveaux; si le locataire vendait sans les remplacer, le bailleur pourrait user du droit que la loi lui donne d'expulser le locataire qui ne garnit pas suffisamment les lieux loués. Cela concilie tous les intérêts.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 149, et note 41, § 261, et les auteurs en sens contraire qu'ils citent.

(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 117, n° 434, et tous les auteurs.

446. On a remarqué que le code civil ainsi que la loi hypothécaire, après avoir énuméré les divers objets qui sont grevés du *privilége* au profit du bailleur, ne mentionnent comme pouvant être *revendiqués* que les *meubles* qui garnissent la maison louée ou la ferme. En faut-il conclure que le propriétaire ne peut pas revendiquer les fruits et les objets qui servent à l'exploitation de la ferme? La question n'a jamais été posée quant à ces derniers effets, parce qu'il est d'évidence qu'ils garnissent la ferme, quoique la loi les énumère séparément. Restent les fruits. Si la loi ne les mentionne pas, c'est qu'elle a surtout en vue la vente des objets qui garnissent et qui ne sont pas destinés à la vente; or, il est certain que les fruits sont destinés à être vendus, donc le bailleur consent à la vente, et partant, il ne peut plus s'agir de revendication. Est-ce à dire que jamais les fruits ne puissent être revendiqués? La revendication peut se faire en cas de simple déplacement; dans ce cas, il n'y a aucun doute que le bailleur ne puisse saisir les fruits pour les réintégrer dans les lieux loués; nous en avons donné un exemple (n° 431). Le bailleur est très-intéressé à revendiquer les fruits déplacés, puisque, en perdant la possession, il perd le privilége; et aucun principe ne s'y oppose. Quant au texte de l'article 20 (code civil, art. 2102), il comprend implicitement les fruits, puisque les fruits aussi garnissent la ferme (1).

§ II. *Des frais de récolte et d'exploitation.*

447. L'article 20, n° 2 (code civil, art. 2102, 1°), privilégie les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année, sur le prix de cette récolte. Ce privilége a la même cause que celui du bailleur; le créancier qui fournit les semences procure la récolte aussi bien que le propriétaire qui fournit le sol; la loi considère même sa créance comme plus favorable, puisqu'elle lui donne la préférence sur celle du bailleur (art. 24). Il en

(1) Duranton, t. XIX, p. 95, n° 74; Martou, t. II, p. 116, n° 430; Pont, t. I, p. 107, n° 132.

est de même des frais de la récolte; ceux qui ont une créance de ce chef ont également contribué à procurer la récolte, car il ne suffit pas que la terre ensemencée produise les fruits, il faut aussi des frais pour que la terre devienne productive, et il en faut pour que les fruits soient récoltés. Tous ceux qui ont contribué à la production de la récolte doivent être préférés aux autres créanciers, puisque ceux-ci s'enrichissent des fruits qui augmentent le patrimoine du débiteur.

L'article 20 met sur la même ligne les sommes dues pour ustensiles servant à l'exploitation, elles sont priviléгiées sur le prix de ces ustensiles. Sans instruments aratoires la culture serait impossible, comme elle le serait sans semences. Ces créances ayant la même cause, la même qualité, elles doivent jouir de la même faveur.

448. Les priviléges du n° 2 sont spéciaux parce qu'ils ont une cause spéciale. Voilà pourquoi les frais faits pour la récolte d'une année ne sont privilégiés que sur la récolte de cette année; ils sont étrangers aux autres récoltes, et ne sauraient, par conséquent, jouir d'un privilége sur des fruits qu'ils n'ont pas contribué à produire. Quant aux sommes dues pour ustensiles, la loi ne les privilégie que sur le prix des ustensiles et non sur la récolte, puisque le créancier n'a rendu service à la masse qu'en fournissant les ustensiles; la cause étant spéciale, le privilége doit aussi être spécial.

La cour de cassation a cassé, en conséquence, un jugement qui accordait un privilége sur la récolte pour fourniture et réparations d'ustensiles aratoires. On ne peut, dit-elle, considérer comme frais de récolte les fournitures et réparations d'ustensiles, puisque c'est uniquement sur le prix de ces ustensiles que la loi accorde un privilége à celui qui les a fournis ou réparés. La cour en conclut encore, ce qui est évident, que le privilége ne peut s'étendre sur le prix d'ustensiles autres que ceux qui sont fournis ou réparés par celui qui réclame le privilége (1). Il est même douteux que le privilége existe pour les réparations d'usten-

(1) Cassation, 12 novembre 1839 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 299).

siles; la loi dit, il est vrai, en termes généraux : « Les sommes dues pour ustensiles », mais cela s'entend des ustensiles fournis au fermier; et, d'un autre côté, la loi ne privilégie point toutes les réparations, mais seulement les frais de conservation (art. 20, n° 4).

419. Qu'entend-on par frais de récolte? Il a été jugé que la loi n'a entendu accorder un privilége qu'à ceux qui ont pris une part directe à l'ensemencement des terres ou à la levée des récoltes, tels que les ouvriers, journaliers, domestiques, etc. (1). La cour s'exprime mal en ne parlant que du travail d'*ensemencement*; la loi dit *frais de semences,* donc la fourniture de semences est avant tout privilégiée, puis viennent les travaux des journaliers ou ouvriers qui ont ensemencé.

Une difficulté s'est présentée pour les journaliers; ils travaillent au jour le jour, et il avait semblé au tribunal de Lyon qu'ils devaient se faire payer leurs journées à la fin de chaque jour ou de chaque semaine. C'était un singulier raisonnement; la créance du journalier, quoique naissant chaque jour, ne se prescrit que par six mois, et s'il travaille à la récolte, il a un privilége tant que sa créance subsiste. La décision a été cassée (2).

Il y a une autre difficulté pour les domestiques du fermier qui travaillent à la récolte : ont-ils le privilége de l'article 20, n° 2 (code civil, art. 2102, 2°) ou celui de l'article 19, n° 4 (code civil, art. 2101, 4°)? En tout cas, ils ont un privilége; mais s'ils agissent en vertu de l'article 19, ils sont primés par le bailleur (art. 26), tandis que le privilége de l'article 20, n° 2, prime le bailleur. Il a été jugé que le domestique peut réclamer le privilége de récolte (3). Cela serait admissible si les domestiques étaient payés pour les travaux qu'ils font aux champs, mais s'ils ne reçoivent d'autre salaire que leurs gages, leur créance est une créance de gages et non une créance de récolte, donc elle ne peut pas jouir du privilége des frais de récolte.

(1) Limoges, 26 août 1848 (Dalloz, 1849, 2, 173).
(2) Cassation, 24 juin 1807 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 293).
(3) Paris, 23 juin 1812 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 293). Martou, *Commentaire*, t. II, p. 121, n° 443).

450. On a demandé si les ouvriers employés par un propriétaire aux travaux de la récolte jouissent du privilége de l'article 20. Un arrêt de la cour de cassation suppose que le privilége n'appartient qu'à ceux qui traitent avec le fermier (1). Le code civil donnait lieu à un doute : il ne contenait pas de paragraphe distinct pour le privilége de récolte; le même numéro qui établissait le privilége du bailleur portait que les frais de récolte étaient privilégiés à l'égard du propriétaire; de sorte que la loi semblait n'accorder le privilége qu'à l'égard du bailleur. Ce doute disparaît dans la loi belge; elle traite du privilége des frais de récolte dans un paragraphe distinct et en termes absolus, sans mentionner le propriétaire ni le fermier; c'est la créance de la récolte que la loi privilégie, quel qu'en soit le débiteur : ce qui est très-logique, car les frais de récolte ne changent pas de nature ni de qualité, selon qu'ils sont faits pour un propriétaire ou pour un fermier (2).

451. Les fournitures d'engrais sont-elles privilégiées? En théorie, l'affirmative n'est certes pas douteuse : peut-on avoir une récolte sans engrais? La récolte, en tout cas, devient plus abondante; donc celui qui procure les engrais enrichit les autres créanciers, et on peut lui appliquer à la lettre ce que l'on dit pour justifier le privilége de semences et de récolte (3). Toutefois la jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion contraire. La cour de Bruxelles dit qu'il faut distinguer les frais de production des frais de récolte; cette distinction résulte du texte de la loi, elle ne privilégie pas tous les frais de production, mais seulement ceux de semences; ce qui paraît déjà décisif. L'expression *frais de récolte* ne comprend pas les frais de production, sinon il eût été inutile de privilégier les semences. Or, l'interprétation des priviléges est de droit étroit; on ne peut donc étendre aux engrais le privilége que la loi accorde aux semences (4). C'est une lacune qu'il n'est pas permis à l'interprète de combler. La cour de cassation s'est prononcée

(1) Rejet, 11 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 119).
(2) Comparez Pont, t. I, p. 109, note 1.
(3) Martou, t. II, p. 121, nº 444. Pont, t. I, p. 109, nº 134.
(4) Bruxelles, 31 décembre 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 255).

en faveur de cette interprétation restrictive. Elle dit que les mots *frais de récolte* ont une signification déterminée par l'usage et ne comprennent que les sommes dues pour moissonner, battre le blé et mettre les fruits en sûreté ; que ce serait forcer le sens de ces termes que d'y comprendre toutes les dépenses faites pour obtenir une meilleure récolte. Or, les priviléges n'existent pas sans texte formel ; on ne peut les induire d'un cas à un autre, on doit au contraire les restreindre aux cas prévus (1).

452. Les frais de récolte varient naturellement d'après les divers produits. Il a été jugé que la fourniture de barriques destinées à loger les vins blancs de la Gironde est privilégiée sur le prix de la récolte de l'année. L'arrêt de la cour de Bordeaux est très-bien motivé ; la cour entre dans des détails pour expliquer l'usage des barriques, elle conclut que la méthode employée, et qui nécessite l'usage immédiat des barriques, peut seule préserver les vins blancs de toute altération et leur conserver l'arome et la saveur qui leur assignent un rang élevé dans les produits de la Gironde. Cela décide la question : l'emploi des barriques étant un élément indispensable de cette récolte spéciale, la fourniture des barriques doit être comprise dans les frais de récolte que la loi privilégie, parce qu'ils procurent la récolte en maintenant aux vins leur qualité et leur valeur (2).

453. Le mot *ustensiles* a un sens très-étendu ; est-ce à dire que la fourniture de tout ustensile soit privilégiée? Non, car la loi limite l'acception de ce terme, en ajoutant : *nécessaires à l'exploitation*, ce qui exclut les ustensiles de ménage. Il y a une autre difficulté. La loi entend-elle parler seulement de l'exploitation agricole, ou le privilége s'étend-il à l'exploitation industrielle? L'intérêt de la question consiste dans le rang du privilége. Le vendeur d'une machine ou d'un appareil quelconque a un privilége pour le payement du prix (art. 20, n° 5), mais il est primé par

(1) Rejet, 9 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 30). Comparez Amiens, 2 mai 1863 (Dalloz, 1863, 5, 302), et Rennes, 4 mai 1871 (Dalloz, 1873, 5, 379). Dans le même sens, Aubry et Rau, t. III, p. 150, note 47, § 201.

(2) Bordeaux, 1er janvier 1872 (Dalloz, 1873, 2, 14).

le bailleur (art. 23), tandis que le privilége de l'article 20, n° 2, prime le bailleur (art. 21). Si le privilége pour *ustensiles* était établi dans un paragraphe distinct, on devrait, sans doute aucun, l'appliquer à l'industrie aussi bien qu'à l'agriculture. Mais ce privilége fait suite, dans un seul et même numéro, à celui des frais de semence et de culture; peut-on généraliser le privilége d'ustensiles, alors que le privilége de récolte est spécial? Cela nous paraît douteux, car c'est étendre un privilége que la loi semble restreindre. Si l'on tient compte des travaux préparatoires, notre doute devient une certitude. On lit dans le rapport de M. Lelièvre : « Nous n'entendons parler que des *ustensiles aratoires* et servant à l'exploitation, en un mot de ceux qui ont servi à faire la *récolte.* » Cela nous paraît décisif (1).

§ III. *Des frais de conservation.*

454. L'article 20, n° 3, rappelle le privilége du créancier gagiste que le code Napoléon établit dans l'article 2073; nous en avons traité en expliquant le titre du *Nantissement.*

455. L'article 20, n° 4, privilégie les frais faits pour la conservation de la chose. On entend par là les dépenses nécessaires sans lesquelles la chose eût péri. C'est le plus légitime des priviléges, puisque c'est grâce aux travaux faits pour conserver la chose qu'elle se trouve encore dans le patrimoine du débiteur, et que les autres créanciers en profitent. Aussi la loi lui donne-t-elle le premier rang parmi les priviléges (art. 22), quand il est en concours avec des priviléges antérieurs.

456. Ce privilége appartient-il aux frais d'amélioration, c'est-à-dire aux dépenses qui, sans être nécessaires pour conserver la chose, lui procurent une plus-value? La question est controversée et elle ne devrait pas l'être, car les textes et les principes ne laissent aucun doute. La loi

(1) Voyez, en sens contraire, Martou, t. II, p. 123, n° 447, et Amiens, 20 novembre 1837 (Dalloz, au mot *Priviléges,* n° 298).

ne privilégie que les frais de conservation, et on ne peut certes pas donner ce nom aux dépenses qui ne conservent pas la chose, bien qu'elles l'améliorent. Or, les priviléges sont de droit étroit; les étendre, c'est créer un droit de préférence que le législateur seul a le droit d'accorder. Cependant un de nos bons auteurs, Grenier, a oublié ce principe élémentaire. Vainement invoque-t-il l'équité : est-ce que l'équité suffit pour donner un privilége? Vainement invoque-t-il la puissance des analogies : est-ce que l'argumentation analogique est admissible quand il s'agit d'une exception au droit commun que le législateur seul a le droit d'établir (1)? Une cour a cru donner plus de force à l'argument de Grenier, en disant que si les frais de conservation jouissent d'un privilége, il en doit être de même, et à plus forte raison, des dépenses d'amélioration, puisque le créancier augmente le patrimoine du débiteur et enrichit les autres créanciers (2). Nous répondons que l'on ne raisonne pas plus *a fortiori* que par analogie, en matière de priviléges. Voilà pourquoi la cour de cassation a refusé le privilége aux fournitures d'engrais (n° 451), bien que l'on pût dire en faveur du créancier tout ce que l'on dit en faveur de l'ouvrier qui a procuré par son travail une plus-value à la chose.

L'opinion que nous professons est enseignée par tous les auteurs, et elle est consacrée par la jurisprudence constante des cours de Belgique. Les arrêts se bornent à citer le texte; la cour de Gand dit qu'il est évident que la loi ne comprend pas les travaux d'amélioration; dans l'espèce, le mot d'*évidence* n'est pas une assertion téméraire, puisque en matière de privilége, le texte est décisif (3).

Il reste une difficulté de théorie. La loi accorde un privilége à l'ouvrier qui fait des travaux d'amélioration sur un immeuble (art. 27, 5°; code civil, art. 2103, 4°); pourquoi ne donne-t-elle pas une préférence à l'ouvrier qui par

(1) Grenier, n° 314, t. II, p. 22 de l'édition belge. En sens contraire, tous les auteurs. Voyez notamment Valette, p. 99 et suiv.

(2) Rouen, 18 juin 1825, et Colmar, 7 mars 1812 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 321).

(3) Liége, 13 décembre 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 272), et 6 février 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 165). Gand 28 décembre 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 198).

son travail augmente la valeur d'un objet mobilier? En principe, il y a identité de raison; cependant on ne peut pas dire qu'il y ait contradiction à accorder à l'un le privilége qui est refusé à l'autre. Si le législateur avait privilégié les dépenses d'amélioration faites sur un objet mobilier, il aurait dû prescrire une expertise pour constater la valeur de la chose avant les travaux, et une nouvelle expertise pour constater la plus-value que les travaux ont donnée à la chose; de là des frais qui souvent auraient dépassé l'intérêt du litige (1). La question n'a d'importance que pour les machines; dans ce cas, la créance de l'ouvrier peut être considérable, et, par conséquent, le législateur aurait pu et dû la privilégier.

457. Tout en refusant aux frais d'amélioration un privilége, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à donner à l'ouvrier un droit de rétention. Ce droit, dit-on, s'induit avec évidence de l'article 570 (2). Ici le mot *évidence* est hasardé. L'article 570 prévoit le cas de spécification, et décide que si un artisan a employé une matière première qui ne lui appartenait pas à former une chose d'une nouvelle espèce, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée, en remboursant le prix de la main-d'œuvre. Constatons d'abord qu'il n'est pas dit un mot dans ce texte d'un droit de rétention; et quand même on pourrait l'induire de la loi, il s'appliquerait à un cas qui n'a rien de commun avec la question que nous examinons. Dans l'hypothèse prévue par l'article 570, aucune convention n'est intervenue entre le propriétaire et le spécificateur; on comprendrait donc, à la rigueur, que la loi accordât à l'ouvrier une garantie pour le payement de ses travaux; tandis que l'article 20 de la loi hypothécaire suppose qu'un ouvrier travaille pour le maître, il y a un contrat, l'ouvrier peut stipuler des garanties, le gage, par exemple, de la chose qu'il améliore; dès lors le droit de rétention n'est plus indispensable. Et dans notre opinion, ce droit exceptionnel n'existe que lorsqu'il a été sti-

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 136, n° 459.
(2) Pont, t. I, p. 115, n° 42. Martou, t. II, p. 136, n°s 460 et suiv.

pulé. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 293 et suivants) (1).

458. La loi privilégie les frais faits pour la *conservation* de la *chose*. Qu'entend-on par *chose*, et par *frais de conservation?* Le mot *chose* est aussi vague et par conséquent aussi large que possible; il comprend donc toutes choses mobilières, les droits et créances aussi bien que les meubles corporels. C'est l'interprétation généralement reçue. Il y a cependant un motif de douter. Dans le langage du droit, on entend par frais de conservation les impenses dites nécessaires, par opposition aux impenses utiles et voluptuaires. Cela implique des travaux manuels, donc une chose corporelle sur laquelle ces travaux se font. On dira qu'interpréter ainsi la loi, c'est en restreindre les termes généraux. L'objection est vraie pour le mot *chose*, mais le mot *conservation* ne limite-t-il pas le sens de cette dernière expression? Ce serait bien notre avis. Il en résultera, il est vrai, que l'interprétation restreindra le privilége, mais les priviléges ne doivent-ils pas être interprétés restrictivement? Le numéro 5 de l'article 20 confirme notre manière de voir. Il tranche une difficulté qui s'était présentée sous l'empire du code civil. Les objets mobiliers, conservés par le travail de l'ouvrier, sont devenus immeubles par destination ou incorporation : le privilége s'éteint-il? Notre loi décide qu'il cesse, sauf quand il s'agit de machines et appareils employés dans les établissements industriels. Cette disposition est une application du principe, elle prouve que le législateur a eu en vue les meubles corporels plutôt que les créances.

459. Les embarras et les incertitudes auxquelles aboutit l'opinion générale ne témoignent pas en faveur de l'interprétation que nous combattons. Qu'est-ce que *conserver* un *droit?* et de quels frais peut-on dire qu'ils conservent le droit? Un droit ne menace pas de périr comme une machine si on ne la répare : les droits ne périssent que quand on ne les exerce pas, du reste ils ne sont pas sujets à se

(1) Comparez un jugement très-bien rédigé du tribunal de commerce de Bruxelles, du 30 octobre 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 320).

détériorer et à être détruits. Il a été jugé que les avances faites pour le recouvrement d'une créance étaient des frais de conservation; dans l'espèce, il s'agissait d'une créance sur le gouvernement, et les avances s'élevaient à 226,000 francs (1). On ne dit pas quelles étaient ces avances. Les frais de conservation sont des dépenses nécessaires sans lesquelles la chose eût péri : peut-on admettre qu'il faille dépenser 226,000 francs pour recouvrer une créance, sans qu'il y ait eu un procès?

460. Un créancier poursuit l'annulation d'une convention, et le jugement fait rentrer les biens aliénés dans le patrimoine du débiteur. La cour de Bordeaux a décidé que les frais de l'instance étaient privilégiés à titre de dépenses de conservation, parce qu'ils avaient eu pour objet la conservation de la chose commune (2). Pour qu'il en soit ainsi, il faut d'abord supposer qu'il s'agissait de choses mobilières. Peut-on dire qu'une instance judiciaire conserve un droit quelconque? Le juge ne crée pas le droit qui fait l'objet du procès, il en reconnaît seulement l'existence; on ne peut donc pas dire qu'il le conserve. Reste à préciser ce qu'il faut entendre par frais de l'instance? On cite un arrêt de la cour de Paris (3), qui a considéré les honoraires payés à l'avocat comme frais de conservation. Le tribunal de la Seine a jugé le contraire, par d'excellentes raisons; peut-on dire que sans la plaidoirie de l'avocat le droit eût péri? On ne peut pas le dire non plus des autres frais de l'instance. Et si les frais de l'instance sont des dépenses de conservation, nous ne voyons pas pourquoi les honoraires de l'avocat feraient exception (4).

461. Un associé est nommé liquidateur d'une société dissoute par sentence arbitrale, et chargé de faire vendre, dans un délai déterminé, l'établissement qui était l'objet de la société. Le mandataire continua l'exploitation et fit vendre la boulangerie longtemps après le délai fixé. Il a été jugé

(1) Cassation, 13 mai 1835 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 1069).
(2) Bordeaux, 28 mai 1832 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 144).
(3) Paris, 28 janvier 1843, non reproduit dans les Recueils (Pont, t. I, p. 113, n° 140)
(4) Comparez au jugement du tribunal de Bruxelles du 8 avril 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 212).

que les frais de gestion étaient privilégiés comme ayant conservé le gage commun des créanciers (1). Sont-ce bien là des dépenses nécessaires dans le sens de l'article 20? L'établissement consistait surtout dans l'achalandage : fallait-il une longue gestion pour conserver la clientèle? Qu'est-ce qui empêchait les créanciers de faire vendre immédiatement la boulangerie? La gestion n'était donc qu'un fait plus ou moins utile, mais non un acte de conservation.

462. Il y a un autre arrêt de la cour de Paris qui se rapproche de notre opinion. Un mandataire réclamait le privilége de conservation pour ses avances comme ayant conservé le gage commun. La cour rejeta ces prétentions. Ces avances, dit l'arrêt, ont pu aider le mandant à continuer ses entreprises, et, par suite, à éviter des pertes ou à faire des bénéfices, mais il en est de même de toutes les avances et de tous les prêts que les créanciers font à un commerçant. Ce ne sont pas là des frais de conservation, car ces frais supposent des dépenses faites dans le but de conserver des choses déterminées quand elles sont en danger de périr, ce qui exclut les dépenses qui auraient pour objet de l'améliorer ou d'en augmenter la valeur. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (2).

463. Dès que l'on s'écarte du sens restreint que présente l'expression de *frais de conservation* ou de dépenses nécessaires, on aboutit à étendre à l'infini un privilége que la loi a certainement entendu limiter à un fait déterminé, celui de conserver une chose qui menaçait de périr. La cour de Lyon a considéré le service du remplaçant comme un mode de conservation du prix que le remplacé s'est obligé de payer à la compagnie de remplacement; elle a donné en conséquence au remplaçant une action privilégiée pour se faire payer sur la somme due par le remplacé, par préférence aux autres créanciers. Cette interprétation n'a pas trouvé faveur; la décision a été cassée, et tous les auteurs la critiquent. La cour de cassation dit

(1) Paris, 16 décembre 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 309).

(2) Rejet, 8 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 193). Comparez Liége, 13 août 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 311).

très-bien que l'on ne peut pas assimiler à une *chose* soit la libération du service militaire, soit l'obligation à ce service, ni, d'autre part, assimiler à des *frais* soit le prix stipulé pour remplacement, soit l'accomplissement du service fait en conséquence du remplacement (1). Donc le texte de la loi n'était pas applicable. On voit que la cour s'attache strictement à la lettre de la loi; c'est le vrai principe d'interprétation; quand on s'en écarte, on aboutit nécessairement à l'arbitraire.

464. Il y a une autre erreur qui règne, à notre avis, dans la jurisprudence. Elle ne tient pas compte du caractère spécial que présente le privilége des frais de conservation. C'est une chose déterminée qui est conservée, et c'est cette chose même qui est grevée du privilége au profit de l'ouvrier qui l'a conservée par son travail. Voilà le privilége dans toute sa simplicité. La jurisprudence l'étend singulièrement.

La société dite du Matériel des chemins de fer est dissoute, des liquidateurs sont nommés et investis des pouvoirs les plus absolus. Des fournitures sont faites aux liquidateurs, qui les avaient commandées dans le but de réaliser des marchés conclus par la société avant sa dissolution. Plus tard la société fut déclarée en faillite, et l'ouverture fixée au jour de la dissolution de la société, de sorte que la livraison litigieuse avait été faite à la masse. La créance était-elle privilégiée? Oui, d'après la cour de Bruxelles, attendu que les fournitures étaient indispensables à l'achèvement des waggons ainsi que des commandes qu'il importait d'exécuter dans l'intérêt de la masse faillie; la cour en conclut que ces fournitures doivent être considérées comme des frais faits pour la conservation de l'*avoir commun* des associés et des créanciers (2). Ainsi des *fournitures* faites dans l'*intérêt commun* des créanciers sont des frais faits pour la *conservation* de la *chose!* Nous demanderons, avec la cour de cassation de France (n° 463), si l'*intérêt commun* est une *chose* qui menace de périr et

(1) Cassation, 13 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 317).
(2) Bruxelles, 12 juin 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 184).

que l'on conserve? Nous demanderons encore si le privilége portera sur cet *intérêt* conservé? Ces questions n'ont point de sens. En réalité, la cour a créé un privilége que la loi ignore.

465. Faut-il s'étonner si des prétentions plus étranges encore se sont produites devant les tribunaux? La jurisprudence, en abandonnant le texte de la loi, seul terrain sûr, et surtout en matière de priviléges, autorise les réclamations les plus absurdes. Nous qualifions ainsi des demandes de priviléges qui ne sont fondées sur aucun texte; il faut dire plus, qui sont en opposition avec le texte.

Un industriel obtient un sursis d'un an. Il fait, avec l'autorisation des commissaires, une commande importante de fers, « pour compléter son magasin ». Puis il est déclaré en faillite. Les maîtres de forge demandèrent à être payés par privilége, en vertu de l'article 20, n° 4. Ils se fondaient sur les motifs que nous venons d'entendre (n° 464): leurs fournitures devaient être considérées comme des frais faits pour la conservation du *gage commun* des créanciers, parce que, sans ces fournitures, le failli se serait trouvé dans l'impossibilité d'achever les travaux commencés, et de tenir son magasin assorti de manière à pouvoir satisfaire tous les clients. La cour de Bruxelles n'accueillit pas cette demande; mais les motifs qu'elle donne pour la repousser sont tout aussi erronés que ceux que les demandeurs invoquaient à l'appui de leurs prétentions. Pour que les frais soient privilégiés, dit la cour, il faut tout au moins que, sans ces dépenses, la *chose* aurait perdu notablement de sa valeur. Quelle est cette *chose?* C'est l'*avoir* du débiteur, répond la cour (1). Non, ce n'est pas l'*avoir*, c'est le meuble déterminé, pour la conservation duquel la dépense a été faite. Donc la cour aurait dû dire que, dans l'espèce, il ne pouvait pas s'agir de privilége, par l'excellente raison que le privilége réclamé par les demandeurs était imaginaire. La nature même du privilége de conservation et l'intitulé du paragraphe où il est inscrit auraient dû tenir la cour en garde contre l'erreur dans laquelle elle est tom-

(1) Bruxelles, 4 avril 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 180).

bée. Il s'agit de priviléges sur *certains meubles*. Quel est le meuble sur lequel s'exerce le privilége de conservation? C'est le meuble conservé; cela est élémentaire. Que devient ce privilége *spécial*, dans le système de la cour? C'est *tout l'avoir* qui est conservé, donc c'est tout l'*avoir* qui est grevé du privilége; ainsi un privilége spécial devient général, et devrait même porter sur le prix des immeubles!

466. Une société demande à être admise au passif d'une faillite comme créancière privilégiée, du chef de livraison de charbons ayant servi à l'alimentation des établissements industriels exploités par le failli. Elle prétendit que c'étaient là des frais de conservation. La demanderesse invoquait, à l'appui de cette singulière prétention, l'arrêt de la cour de Bruxelles que nous venons de critiquer (n° 464). La demande fut rejetée, et certes elle devait l'être. Quelle était la *chose* que la fourniture de charbons avait *conservée?* Les établissements industriels? Ce sont des immeubles, et la société réclamait un privilége mobilier. La cour de Bruxelles le dit, et elle devait se borner à ce motif, car il est péremptoire. Ce qu'elle ajoute suppose que le privilége de conservation peut être exercé quand l'*avoir* du débiteur, la valeur industrielle de ses établissements ou la valeur des outils qui s'y trouvent a été préservée d'une détérioration notable. Nous renvoyons la cour au texte et à l'arrêt de cassation (n° 463) qui l'interprète. La société demanderesse prétendait encore avoir conservé aux matières premières transformées en faïences ou porcelaines, une *valeur* qu'elles auraient promptement *perdue*. On répond, et la réponse est simple et décisive : transformer des matières premières n'est pas un travail de *conservation*, c'est un travail d'*amélioration*; or, la loi ne donne pas de priviléges pour travaux *utiles*, elle ne privilégie que les dépenses *nécessaires*. La cour se borne à dire que le combustible n'entre que pour une part dans la fabrication. Eh! qu'importe? Si la fabrication est un travail de *conservation*, la société charbonnière avait raison de réclamer un privilége, sauf aux autres créanciers qui y avaient contribué à réclamer également une préférence. Enfin la

cour termine par où elle aurait dû commencer, en disant que les demandeurs ne prouvaient pas que la fabrication avait conservé les matières premières, et c'était bien là ce qu'ils auraient dû prouver (1).

467. La loi privilégie *les frais* faits pour la conservation de la chose, donc tous les frais, toute la créance. C'est une nouvelle différence entre le privilége mobilier de l'article 20 et le privilége immobilier de l'article 27, n° 5. L'ouvrier qui fait des travaux sur un fonds n'a de privilége que pour la plus-value que les ouvrages donnent au fonds, quand même ce seraient des dépenses nécessaires; tandis que l'ouvrier qui fait un travail de conservation sur un objet mobilier a un privilége pour sa créance entière, quand même la chose n'aurait pas augmenté de valeur. C'est l'article 20 qui établit le vrai principe, en ce qui concerne les dépenses nécessaires. Si réellement les travaux ont été *nécessaires* pour conserver la chose, toute la dépense a profité aux créanciers, puisque, sans les frais de conservation, la chose eût péri; donc tous les frais doivent être privilégiés; c'est seulement pour les impenses *utiles* que l'on doit tenir compte de la plus-value, car les autres créanciers ne profitent pas de la dépense, ils profitent de la plus-value qui en résulte (2).

468. La loi n'exige aucune condition pour que le créancier jouisse du privilége. Il y en a cependant une qui est commune à tous les priviléges mobiliers, c'est que la chose grevée du privilége soit dans les mains du débiteur; s'il ne la possède plus au moment où le créancier privilégié veut exercer son droit, il n'a plus de privilége. C'est l'application du principe que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque (art. 46; code civil, art. 2119), principe qui lui-même est une conséquence de la règle fondamentale du droit français d'après laquelle, en fait de meubles, la possession vaut titre. On ne revendique pas les objets mobiliers; à plus forte raison ne peut-on pas agir contre un tiers possesseur en vertu d'un simple droit réel. La loi déroge

(1) Bruxelles, 11 avril 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 206).
(2) Duranton, t. XIX, p. 160, n° 114.

à ce principe en faveur du bailleur; elle ne fait pas exception pour les autres priviléges mobiliers (1).

469. Le privilége périt donc quand le débiteur aliène la chose grevée du privilége de conservation; par suite, le créancier ne conserve qu'une simple créance chirographaire. Ici se présentent des difficultés très-sérieuses. Si la chose est aliénée, mais que la délivrance n'en ait pas été faite à l'acheteur, le créancier privilégié conservera-t-il son privilége? Et si la chose vendue est livrée à l'acheteur, mais que le prix n'en soit pas payé, le créancier privilégié peut-il exercer son droit sur le prix? Ces questions sont controversées (2). Nous les examinerons en traitant du privilége du vendeur.

470. Le privilége des frais de conservation s'éteint-il lorsque la chose mobilière qui en est grevée est devenue immeuble par destination ou par incorporation? Cette question se présente aussi pour le privilége du vendeur; nous y reviendrons en traitant de ce privilége.

§ IV. *Du prix d'effets mobiliers non payés.*

471. Quand l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente. C'est l'application du principe de la condition résolutoire tacite (art. 1184). Nous en avons traité au titre de la *Vente* (art. 1654).

La loi donne encore une autre garantie au vendeur; il peut exiger le payement du prix, avec privilége et par préférence aux autres créanciers.

Le droit de résolution et le privilége supposent que l'acheteur est encore en possession de la chose; s'il l'a revendue, le premier vendeur ne peut pas agir en résolution contre le tiers acquéreur, et il ne peut pas non plus exercer son privilége contre le tiers possesseur. Il suit de là que le vendeur d'un objet mobilier est toujours en danger de perdre la chose et le prix. La loi vient à son secours

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 132, nº 456.
(2) Voyez, en sens divers, Martou, t. II, p. 132, nº 456, et Aubry et Rau, t. III, p. 152, note 55, § 261.

en lui accordant le droit de revendiquer, c'est-à-dire de saisir la chose entre les mains de l'acheteur pour l'empêcher de la revendre. Nous commencerons par exposer les principes qui régissent le privilége du vendeur; puis nous traiterons du droit de revendication et de la modification que la loi nouvelle a apportée au droit de résolution.

N° 1. DU PRIVILÉGE DU VENDEUR.

472. La loi donne un privilége au vendeur pour le prix d'effets mobiliers non payés (art. 20, n° 5; code civil, art. 2102, 4°). Quel est le motif de ce privilége? Grenier, le rapporteur du Tribunat, répond que la créance du vendeur est privilégiée, parce que, sans la vente, la chose vendue ne serait pas devenue le gage des autres créanciers; si elle se trouve dans le patrimoine du débiteur, c'est par suite de la vente; en ce sens, la vente profite aux autres créanciers; il est donc juste qu'ils payent le prix de la chose, c'est-à-dire qu'ils exécutent les obligations nées du contrat qui leur procure la chose dont ils profitent; il serait de toute iniquité qu'ils s'enrichissent de la chose sans en payer le prix, alors qu'elle ne devient leur gage qu'à raison du prix que le débiteur s'est obligé de payer (1).

On donne généralement une autre raison du privilége que la loi accorde au vendeur, c'est que jusqu'au payement du prix, le vendeur conserve un droit réel sur la chose vendue (2). Quel est ce droit réel? Ce ne pourrait être que le droit de propriété; le vendeur ne s'étant dépouillé de son droit de propriété que sous la condition du payement du prix, on peut dire, en théorie du moins, qu'il reste propriétaire tant que le prix n'est pas payé. C'était la doctrine romaine. Dans l'ancien droit, on en concluait que le vendeur qui n'était pas payé et qui livrait néanmoins la chose, n'avait pas fait une aliénation complète, puisqu'il avait *retenu* un *droit réel*, c'est-à-dire un droit de préférence. C'était une fausse doctrine. Si la vente n'est point parfaite

(1) Grenier, Rapport, n° 17 (Locré, t. VIII, p. 258).
(2) Martou, t. II, p. 138, n° 464. Valette, p. 104, n° 84

tant que le prix n'est pas payé, il faut dire que le vendeur retient plus qu'un droit réel, qu'il reste propriétaire, et qu'à ce titre il peut revendiquer sa chose, ce qui rend le privilége inutile, le droit de propriété étant bien plus puissant qu'un simple droit réel. En tout cas, cette doctrine n'est plus admissible en droit moderne. La propriété se transfère par le seul effet du contrat, sans que le prix soit payé, même sans que la tradition soit faite; il ne peut donc plus s'agir de revendiquer la chose vendue. Quant au prétendu droit réel que le vendeur se réserve, ce ne peut être, d'après nos principes, qu'un droit de privilége; or, les priviléges ne se *réservent* pas, ils s'établissent en vertu de la loi. Il faut donc laisser là une explication qui, en réalité, n'explique rien.

473. La loi donne le privilége pour le prix d'effets mobiliers non payés, sans nommer le contrat d'où dérive la créance, ni le créancier qui y a droit. C'est la créance qui jouit d'un droit de préférence, ce n'est point le créancier. La créance et, par suite, le privilége qui y est attaché appartiennent à tout vendeur d'un effet mobilier qui a droit à un prix. Il faut qu'il y ait vente, c'est la cause du privilége; la translation de la propriété fait entrer la chose vendue dans le patrimoine du débiteur commun, et c'est à ce titre que la loi privilégie la créance du prix. Il peut y avoir vente sans que le mot de *vente* soit prononcé, sans qu'il soit question de vendeur ni d'acheteur : tels sont les cas où l'estimation donnée à une chose qui doit être restituée par celui à qui elle est livrée, est considérée comme une vente. Nous avons dit ailleurs quand l'estimation vaut vente. Le code en contient un exemple remarquable, au chapitre du *Régime dotal*. Si la dot consiste en objets mobiliers, mis à prix par le contrat de mariage, sans déclaration que l'estimation ne fait pas vente, le mari en devient *propriétaire*, et n'est débiteur que du *prix* donné au mobilier (art. 1551). La femme dotale a donc une créance d'un prix, en vertu d'une convention que la loi assimile à une vente; or, toute créance d'un prix de vente est privilégiée, donc la femme jouit d'un privilége pour la restitution de sa dot mobilière sur le mobilier dotal, puisque la

restitution se fait sous la forme de payement d'un prix. La cour de Montpellier l'a jugé ainsi, et cela n'est point douteux (1).

474. La loi donne le privilége pour le prix d'*effets mobiliers*; nous dirons plus loin que le vendeur d'un immeuble jouit aussi d'un privilége pour le payement du prix, de sorte que le principe serait que toute vente est garantie par un privilége, ce qui serait très-logique, puisque toute vente met la chose vendue dans le patrimoine du débiteur commun; la raison du privilége est générale, donc le privilége aussi doit être général. Cependant il y a de graves motifs de douter sur ce point : faut-il entendre par effets mobiliers toute espèce de meubles, les créances aussi bien que les meubles corporels? L'affirmative l'a emporté dans la doctrine et dans la jurisprudence. Nous croyons que l'opinion générale est contraire aux principes de la matière. Il y a, en fait de priviléges, une règle d'interprétation qui est fondamentale, c'est qu'ils sont de droit étroit : pas de privilége sans texte, et tout texte concernant les priviléges est limitatif, puisqu'il doit être interprété restrictivement. Eh bien, les textes qui établissent le privilége du vendeur, de même que les autres priviléges mobiliers, impliquent qu'il s'agit de meubles corporels. Tel est d'abord l'intitulé du paragraphe : *Des priviléges sur certains meubles*. L'expression *certains meubles* emporte l'idée d'un privilége qui grève des objets corporels déterminés. Telle est, sans doute encore, la signification du mot *meubles* dans le n° 1 de l'article 20 : les meubles incorporels ne garnissent point les lieux loués et ne sont point grevés du privilége du bailleur; il en est de même du privilége de semences et d'exploitation, qui porte sur la récolte et les ustensiles. Le privilége du créancier gagiste est le seul qui puisse être établi sur des créances (art. 2075); mais la loi le dit formellement, et ce privilége diffère de tous les autres, en ce qu'il est conventionnel; aussi l'a-t-on appelé une hypothèque mobilière. Quant aux frais faits pour la conservation de la chose, nous avons soutenu qu'il s'agit

(1) Montpellier, 26 juin 1848 (Dalloz, 1848, 2, 173).

d'une chose corporelle (nos 458 et suiv.). Vient après cela le privilége du vendeur. La loi exige que les effets soient encore en la *possession* du débiteur. Cela peut-il s'appliquer aux créances? On peut sans doute posséder une créance, mais la loi détermine des conditions spéciales pour en être nanti à l'égard des tiers (art. 2090). Ainsi le privilége du gagiste sur une créance est subordonné à des règles spéciales (art. 2075); si le législateur avait entendu accorder un privilége au vendeur d'une créance, n'aurait-il pas déterminé, comme il l'a fait pour le créancier gagiste, les conditions de la possession de l'acheteur? La loi décide ensuite que le privilége du vendeur s'éteint lorsque les *objets mobiliers* sont devenus immeubles par destination ou incorporation; ce qui implique de nouveau que le privilége porte sur des meubles corporels. Enfin, en parlant de la revendication, la loi exige que la chose vendue se trouve dans le même *état* que lors de la livraison. Voilà une condition qui n'a pas de sens quand il s'agit d'un meuble incorporel; elle prouve que la loi suppose toujours qu'il s'agit d'un meuble corporel. Peut-on, malgré les termes restrictifs de la loi, étendre aux meubles incorporels un texte dont toutes les expressions supposent des meubles corporels? Non, si l'on veut rester fidèle aux principes. Ce qui a entraîné la doctrine et la jurisprudence à donner à la loi une interprétation extensive, c'est que, prise à la lettre, elle serait injuste : le vendeur d'une créance ne met-il pas cette créance dans le patrimoine du débiteur commun? Les autres créanciers ne s'enrichissent-ils pas de la vente? et peut-on permettre qu'ils s'enrichissent aux dépens du vendeur? Les auteurs du code ont limité le privilége à la vente de meubles corporels, si l'on s'en tient aux termes de la loi; mais cette restriction n'a point de raison d'être; voilà pourquoi la doctrine et la jurisprudence se sont écartées du texte, mais en s'écartant du texte, on a méconnu le principe qui gouverne les priviléges (1).

(1) Persil, *Régime hypothécaire*, article 2102, § IV, n° 4 (t. I, p. 142); *Questions*, t. I, ch. III, § V. Il y a deux arrêts de la cour de Paris en faveur de notre opinion (Dalloz, au mot *Priviléges*, nos 334 et 335). Mourlon l'a reproduite dans son *Examen critique*, t. I, p. 328, n° 123; mais notre

La cour de cassation est, en apparence, fidèle à ce principe. Elle se fonde sur des textes. L'article 2102 (loi hyp., art. 20) donne le privilége au vendeur d'*effets mobiliers*; or, l'article 535 dit que l'expression d'*effets mobiliers* comprend généralement tout ce qui est censé *meuble*, par conséquent les droits et les créances qui sont meubles par la détermination de la loi (art. 529) (1). L'argumentation paraît décisive; elle le serait si la définition de l'article 535 avait une valeur pratique; mais on sait que les dispositions des articles 533-535 sont de pure théorie et que le législateur lui-même n'en a tenu aucun compte : l'argument qui paraît si fort est donc en réalité très-faible. Nous n'insisterons pas, parce que cette discussion est également de pure théorie; l'opinion générale est arrêtée, et nous n'avons pas la prétention de la modifier.

475. Quelle est la créance privilégiée? C'est le *prix* non payé. Il s'est élevé des difficultés sur le sens du mot *prix* quand il s'agit de ventes immobilières; nous y reviendrons en traitant des priviléges sur les immeubles. Dans les ventes mobilières, le prix ne consiste guère que dans une somme d'argent, et c'est cette créance qui jouit du privilége. Quand le vendeur poursuit le payement du prix en justice, les dépens et dommages-intérêts auxquels l'acheteur sera condamné seront-ils privilégiés? Non, car ces condamnations ne constituent pas le prix; ce qui est décisif. En est-il de même de la peine qui serait stipulée? Si la peine ne comprend que des dommages-intérêts, le vendeur aura son privilége pour le prix, sans pouvoir le prétendre pour la peine, laquelle représente, dans ce cas, les dommages-intérêts judiciaires. Mais si la peine comprend le principal et les dommages-intérêts, le principal seul sera privilégié (2).

476. La novation donne lieu à des difficultés plus sérieuses. Il arrive souvent que le vendeur accepte en paye-

opinion est restée isolée dans la doctrine (Aubry et Rau. t. III, p. 153, notes 57-60; Pont, t. I, p. 120, nº 147), et dans la jurisprudence (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 338).

(1) Cassation, 28 novembre 1827, et Rejet, 2 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 338).

(2) Persil, *Régime hypothécaire*, t. I, p. 143, art. 2012, § IV, nº 4.

ment des billets souscrits par l'acheteur. Cette acceptation opère-t-elle novation? Grenier et Persil admettaient qu'il y avait novation et que, par suite, le privilége était éteint. Martou dit que cette opinion est abandonnée depuis longtemps (1). Oui, dans ce qu'elle a d'absolu; mais ce n'est pas à dire qu'il n'y ait jamais de novation lorsque le prix est réglé en valeurs négociables. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur cette matière difficile, au titre des *Obligations* (t. XVIII, nos 283-293).

477. L'article 20 porte que le vendeur a droit au privilége, soit que l'acheteur ait acheté à terme ou sans terme. Il n'y a aucune raison de faire une différence entre la vente à terme et la vente sans terme; dès que le prix est dû, il y a privilége, parce que la cause du privilége existe, la propriété étant transférée à l'acheteur, sans distinguer s'il y a terme ou non; et dès que la vente met la chose dans le patrimoine du débiteur, il est juste que le vendeur jouisse du privilége. Cela est si évident que l'on ne comprend pas pourquoi la loi ajoute ces mots : *soit qu'il (le débiteur) ait acheté à terme ou sans terme*. C'est que la loi fait une différence entre le privilége et la revendication; celle-ci n'est permise que lorsque la vente a été faite sans terme, tandis que pour le privilége la loi n'admet pas cette distinction. Nous dirons plus loin pourquoi la revendication n'est admise que dans les ventes sans terme; les motifs, assez mauvais, ne reçoivent pas d'application au privilége; la préférence est attachée à la qualité de la créance; donc, dès qu'il y a créance du prix, le créancier doit avoir son privilége, peu importe qu'il ait accordé un terme ou non.

478. La loi exige, comme condition d'existence du privilége, que les effets mobiliers soient encore en la possession du débiteur, c'est-à-dire de l'acheteur. C'est l'application du droit commun en matière de priviléges mobiliers (n° 468). Si le débiteur cesse de posséder la chose, la raison du privilége cesse, puisqu'elle ne profite plus aux autres créanciers; et, d'un autre côté, le créancier ne peut pas suivre la chose entre les mains du tiers possesseur, les

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 140, n° 470.

meubles n'ayant pas de suite (art. 46; code civil, art. 2119).

En disant que le vendeur a un privilége sur le prix des effets mobiliers dont il n'a pas reçu le prix, si ces effets sont encore en la possession du débiteur, la loi ne fait donc qu'appliquer au vendeur privilégié un principe général applicable à tous les priviléges, à savoir que le vendeur ne peut pas suivre les meubles grevés de son privilége entre les mains des tiers : il n'a point le droit de suite. La loi le donne par exception au bailleur, elle ne le donne pas au vendeur, et elle n'a pas pu le lui donner, parce que cette dérogation au droit commun aurait jeté le trouble dans les relations civiles; les achats se font souvent pour revendre les objets achetés; il faut que l'acheteur soit à l'abri de toute action en revendication, sinon le commerce deviendrait impossible, puisque personne ne pourrait acheter avec sécurité. Le tiers acheteur est à l'abri de la revendication du propriétaire en vertu de la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre; il doit, à plus forte raison, être garanti contre l'action qu'un créancier voudrait exercer contre lui pour faire valoir un simple droit réel; c'est dans ce but que la loi refuse toute suite aux droits mobiliers (art. 46; code civil, art. 2119).

Mais la loi, en refusant au vendeur le droit de suite, n'entend pas dire qu'il conserve son privilége aussi longtemps que l'acheteur possède la chose vendue. Il est certain que le texte ne dit pas cela. L'article 20, qui exige la possession du débiteur comme condition de l'exercice du privilége, a entendu limiter le privilége, en ce sens qu'il ne peut être exercé contre un tiers possesseur; mais le législateur n'a pas dit que le vendeur pourrait agir contre l'acheteur tant que celui-ci aurait la détention de la chose. C'est une question toute différente que nous allons examiner. Il importe de constater que cette question n'est point tranchée par le texte de l'article 20; la loi ne la prévoit pas, il faut la décider d'après les principes généraux de droit.

479. Voici la difficulté. L'acheteur revend la chose, mais sans la livrer au tiers acquéreur; il en conserve donc la possession, dans le sens large du mot, puisqu'il détient la chose. On demande si le vendeur peut exercer son pri-

vilége sur les effets mobiliers revendus, mais non livrés. L'opinion commune est qu'il conserve son privilége. Nous croyons qu'il ne peut plus le faire valoir. La raison en est que le motif pour lequel la loi donne le privilége au vendeur vient à cesser; la créance du vendeur cesse d'avoir une qualité préférable à celle des autres créances; donc elle ne peut plus être privilégiée à leur égard. En effet, si la créance du prix est privilégiée, c'est que les autres créanciers du débiteur profitent de la chose vendue qui enrichit le patrimoine de l'acheteur, leur débiteur commun; cela suppose que le débiteur est propriétaire de la chose et qu'elle se trouve dans son patrimoine; or, il a revendu la chose, et, par le seul fait de la revente, la chose sort de son patrimoine pour entrer dans celui du sous-acquéreur; donc les créanciers du débiteur ne profitent plus de la chose vendue; dès lors il serait contraire à toute justice et à tout principe que le vendeur soit préféré à leur égard; le vendeur ne leur rend plus aucun service, donc sa créance n'a plus la qualité qui la rendait préférable, il n'est plus qu'un simple créancier chirographaire; son privilége est éteint avec la cause qui lui avait donné naissance.

On objecte que l'acheteur, le débiteur commun, est toujours en possession; ce qui suffit, dit-on, pour que le privilége subsiste. L'objection se fonde sur une fausse interprétation du texte, et elle méconnaît les principes qui régissent la translation de la propriété, ainsi que les principes qui gouvernent les priviléges. Nous avons prouvé d'avance (n° 478) que l'article 20 (code civil, art. 2102) ne dit point que le vendeur conserve son privilége aussi longtemps que l'acheteur possède. La loi dit que le privilége cesse quand l'acheteur cesse de posséder; de là ne suit pas que le privilége subsiste tant que l'acheteur continue, non à posséder, mais à détenir la chose : argumenter ainsi, c'est se prévaloir d'une disposition qui restreint le privilége en lui refusant le droit de suite, pour l'étendre à un cas pour lequel la loi ne l'a point établi. En effet, la loi ne donne pas le privilége au vendeur à raison de la *possession* de l'acheteur; elle le lui donne parce que, par la vente, la chose vendue est entrée dans le domaine de l'acheteur et

que, par suite, elle est devenue le gage de ses créanciers. C'est donc parce que l'acheteur, le débiteur commun, est propriétaire de la chose vendue, que le vendeur est préféré aux autres créanciers qui exercent leur droit sur cette chose; ce n'est pas parce que l'acheteur la possède, pour mieux dire, la détient, car il ne la possède plus, il la détient seulement au nom du sous-acquéreur. La possession est, par conséquent, indifférente. S'en tenir à la possession de l'acheteur qui a revendu, pour en conclure que l'acheteur est encore censé propriétaire et pour en induire que le privilége du vendeur subsiste contre les créanciers de l'acheteur, c'est oublier les principes qui régissent la translation de la propriété dans le droit moderne. La propriété se transfère, non par la tradition, mais par l'effet du contrat; dès que la revente consentie par l'acheteur est parfaite par le consentement des parties contractantes, l'acheteur cesse d'être propriétaire; la chose sort de son domaine, les créanciers n'y ont plus aucun droit; donc ils ne peuvent pas être primés par le vendeur à raison d'une chose qui n'est plus leur gage.

Objectera-t-on que la raison du privilége subsiste malgré la revente, puisque les créanciers profitent du prix ou du droit au prix? La question de savoir ce que devient le privilége lorsque le prix de la chose revendue par l'acheteur est encore dû, est également controversée; nous y reviendrons. Pour le moment, nous supposons que le prix est payé. Est-il exact de dire que, dans cette hypothèse, la première vente profite à la masse? La masse n'en profiterait que s'il était prouvé que le prix existe encore dans le domaine du débiteur, qui a revendu la chose et qui s'en est enrichi en recevant le prix. La loi aurait pu, dans cette hypothèse, accorder un privilége au vendeur, mais elle n'entre pas dans ces distinctions; elle donne un privilége sur la chose vendue, ce qui implique que cette chose est encore dans le patrimoine du débiteur; or, elle n'y est légalement que si le débiteur la possède encore, ou si le prix n'est pas payé. Hors ces cas, la chose n'existe plus; il aurait fallu que le prix fût subrogé à la chose pour que le créancier privilégié conservât son privilége; or, la loi n'établit pas cette subro-

gation, et il n'est pas permis à l'interprète d'étendre les priviléges.

On fait une objection plus spécieuse. Nous avons enseigné que le bailleur conserve son privilége, malgré la vente que le preneur a faite de la chose, si celui-ci est resté en possession de la chose vendue. Si la possession du preneur (n° 436) conserve le privilége du bailleur, bien que le preneur ait aliéné la chose, il en doit être de même, dit-on, de tout privilége, puisque la raison de décider est la même : tout privilége est attaché à la possession de la chose par le débiteur et ne cesse qu'avec cette possession. Nous répondons que le privilége du bailleur est fondé sur un gage tacite que le débiteur ou la loi lui a conféré sur la chose qui lui sert de gage; or, il est de principe que le créancier gagiste conserve son privilége tant qu'il possède la chose; quand même le débiteur l'aliénerait, l'acheteur ne peut pas revendiquer la chose contre le créancier gagiste; la chose qu'il achète est grevée d'un privilége au profit du bailleur, privilége qui donne à celui-ci le droit de suite. Qu'importe donc que le preneur aliène, il ne peut aliéner la chose que grevée du privilége du bailleur. Il en est tout autrement du privilége du vendeur; celui-ci n'a pas le droit de suite, son privilége n'a donc d'effet qu'à l'égard de l'acheteur; dès que l'acheteur cesse d'être propriétaire en revendant la chose, le privilége cesse (1).

480. Nous supposons maintenant que la chose soit revendue, mais que le prix reste dû au moment où le vendeur réclame son privilége : pourra-t-il l'exercer sur le prix? Cette question est très-controversée. Dans l'opinion généralement suivie, le vendeur ne peut pas exercer son privilége sur le prix (2). A notre avis, l'opinion contraire est plus conforme aux vrais principes. Nous nous fondons encore sur les motifs qui ont fait établir le privilége du vendeur et qui le légitiment. Il met la chose vendue dans

(1) C'est l'opinion d'Aubry et Rau, t. III, p. 153, note 62, § 261; elle est isolée. Voyez, en sens contraire, Martou (t. II, p. 141, n° 474), Pont (t. I, p. 129, n° 151) et tous les auteurs.

(2) Martou, t. II, p. 141, n° 475. Valette, p. 107, n° 86. Persil, *Régime hypothécaire*, art. 2102, § IV, n° 1 (t. I, p. 140).

le patrimoine du débiteur commun; en ce sens il enrichit les créanciers, puisque la chose vendue devient leur gage; sa créance pour le prix est plus favorable que le droit des créanciers chirographaires sur la chose vendue, la justice ne permettant pas que ceux-ci profitent de la chose sans exécuter le contrat qui leur a procuré la chose (art. 206). Ces motifs s'appliquent, à la lettre, quand la chose est revendue et que le vendeur primitif demande à être colloqué sur le prix, de préférence aux autres créanciers. Ceux-ci profitent, en effet, de la chose, puisqu'ils exercent leur droit sur le prix qui reste dû et qui est dans le patrimoine de leur débiteur; exerçant leur droit de gage sur le prix de revente, il est juste qu'ils soient primés sur le prix par le vendeur primitif, car c'est à lui et à sa créance qu'ils doivent le prix qui est devenu leur gage.

Les objections ne manquent point, et elles sont sérieuses. Nous venons de dire que le privilége du vendeur cesse lorsque le débiteur a aliéné la chose, quand même il ne l'aurait pas livrée; si le vendeur n'a plus de privilége, de quel droit demanderait-il à être colloqué par préférence sur le prix de revente? La réponse se trouve dans le principe même que l'on invoque contre nous. Pourquoi le privilége du vendeur ne peut-il plus être exercé lorsque l'acheteur a revendu la chose? Parce que dans ce cas la masse ne profite pas de la vente, et il n'est pas juste qu'elle supporte un privilége qui n'est accordé au vendeur que par la raison que la vente profite à la masse. Cela implique que le prix a été payé au vendeur; donc la vente ne profite plus aux autres créanciers, ni à raison de la chose vendue, ni à raison du prix. Il en est tout autrement dans le cas où le prix de revente reste dû au débiteur; le droit au prix se trouve dans la masse, il en augmente l'actif, les créanciers s'en enrichissent; donc les motifs pour lesquels la loi privilégie la créance du vendeur subsistent; d'où nous concluons que le privilége aussi doit subsister.

L'esprit de la loi est certainement en faveur de notre opinion. Reste à voir si le texte n'y est pas contraire. On le prétend. Le privilége, dit-on, s'exerce sur les effets mobiliers s'ils sont encore en la possession du débiteur; or,

les effets revendus ne se trouvent plus dans le patrimoine du débiteur; donc le privilége manque de base, il n'y a plus d'objet sur lequel il puisse s'exercer; il s'éteint, par conséquent, comme tout droit réel, lorsque la chose qui en est affectée n'existe plus; et, dans l'espèce, elle n'existe plus à l'égard du créancier privilégié, puisqu'il ne peut pas suivre la chose dans les mains du tiers acquéreur; pour qu'il pût exercer son privilége sur le droit au prix, il faudrait que la loi eût subrogé le prix à la chose. L'objection ne tient pas compte de la nature du privilége. En quel sens le privilége frappe-t-il la chose vendue? Ce n'est pas sur la chose qu'il s'exerce, c'est sur le prix. Il en est ainsi de tout privilége; la loi le dit expressément du privilége qu'elle accorde à la créance du bailleur : il s'exerce *sur le prix* de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme. Ainsi le privilége ne porte sur la chose que pour arriver au prix; peu importe, par conséquent, que la chose ne se trouve plus dans le patrimoine du débiteur, pourvu que le prix y soit, le privilége a une assiette. Il ne faut donc pas dire, comme le fait la cour de Nancy, que la préférence sur le prix n'est qu'un effet du droit sur la chose, et qu'il n'y a plus de préférence sur le prix possible quand le droit sur la chose s'est évanoui, parce qu'il n'y a point d'effet sans cause(1). C'est séparer deux droits qui n'en font qu'un quand il s'agit du concours des créanciers, et il faut bien supposer qu'il y ait concours pour qu'il puisse être question de privilége. Or, lorsque les créanciers concourent, ils commencent par réaliser l'avoir du débiteur, ils le convertissent en deniers; si le débiteur lui-même avait vendu ses biens, et que le prix en fût dû, ils exerceraient leur droit sur ce prix, les créanciers privilégiés par préférence, les créanciers chirographaires par contribution. Il en doit être de même quand le débiteur a aliéné un objet grevé d'un privilége; le droit au prix se trouve dans son patrimoine, les créanciers chirographaires, cela est incontestable, exercent leurs droits sur cette créance; dès lors ils doivent subir la préférence du créancier privilégié qui la leur a procurée.

(1) Nancy, 2 mars 1850 (Dalloz, 1850. 2, 122).

On fait une autre objection (1). Quand les meubles du débiteur ont été vendus publiquement et aux enchères par le syndic d'une faillite, par un héritier bénéficiaire ou un curateur, on convient que les créanciers chirographaires doivent subir le privilége du vendeur; ils sont sous l'empire du droit commun, puisque leur droit s'exerce aussi par voie de saisie et de vente publique. Mais si le débiteur lui-même vend, ses créanciers ne jouissent plus de la garantie qu'offrent la publicité et l'affluence des enchérisseurs. L'objection est d'une faiblesse extrême, et elle témoigne, au fond, en faveur de notre opinion. Le prix plus ou moins élevé pour lequel la chose est vendue est un pur accident; si le prix d'une vente faite à l'amiable est parfois moindre, il peut aussi être plus élevé que celui qu'on obtient aux enchères. Mais qu'importe? Il s'agit de savoir si le prix, quel qu'il soit, est l'objet du privilége, comme il est le gage des créanciers chirographaires. Si l'on répond affirmativement, dans le cas où les effets mobiliers sont vendus aux enchères, on avoue par là que le prix remplace la chose; et l'aveu est décisif contre l'opinion que nous combattons, car si le vendeur peut exercer son privilége sur le prix de la chose vendue aux enchères, cela prouve que la vente ne lui enlève pas son droit, et qu'entre créanciers le prix tient lieu de la chose. Dès lors il n'y a plus de raison pour refuser au vendeur d'agir sur le prix qui provient d'une vente volontaire.

Ce qui a trompé les partisans de l'opinion contraire, c'est que le privilége du vendeur ne peut plus être exercé quand le débiteur a aliéné la chose et que le prix a été payé; ils en ont conclu que l'aliénation éteint le privilége, et que, par suite, il ne peut plus être question de l'exercer sur le prix. Sans doute l'aliénation éteint le privilége, en ce sens que le créancier privilégié ne peut pas agir contre le tiers possesseur, il n'a pas le droit de suite; mais, dans l'espèce, le vendeur n'exerce aucun droit de suite, la revente subsiste, le tiers acquéreur n'est pas évincé; seulement, au lieu de payer son prix à son auteur, c'est-à-dire au débi-

(1) Valette, *Priviléges*, p. 107 et suiv., n° 86.

teur, dont les biens sont distribués à ses créanciers, il le paye à ceux-ci, et par ordre, puisqu'il se présente un créancier privilégié. Le débat est donc exclusivement entre les créanciers, le tiers n'est pas en cause, ni, par conséquent, le droit de suite. Le vendeur n'exerce pas son privilége contre le sous-acquéreur, il l'exerce contre les créanciers de l'acheteur; or, ceux-ci ne peuvent pas lui dire que son privilége sur la chose est éteint par la vente, car, malgré la vente, ils exercent leur droit sur le prix; et si le prix est leur gage, il doit aussi être le gage du vendeur, sauf qu'à son égard c'est un gage privilégié (1).

481. On a demandé si les parties pouvaient déroger aux principes qui régissent les droits du créancier privilégié à l'égard des tiers. Il y a, sur cette question, un excellent arrêt de la cour de cassation rendu au rapport de Laborie. Un acte de vente portait que le vendeur pourrait faire valoir son privilége même contre les cessionnaires de l'acheteur. Ceux-ci soutinrent que cette clause était nulle et ne pouvait leur être opposée. Il s'agissait de la vente d'une coupe de bois. Les acquéreurs pouvaient carboniser le bois sur place; le vendeur stipulait qu'il aurait le droit d'agir solidairement contre les acquéreurs et simultanément contre tous cessionnaires. Il se réservait tout privilége sur les bois vendus, et même la faculté de retenir, partout où ils se trouveraient, ceux de ces bois qui seraient déjà exploités et ouvragés. De plus, les acquéreurs prenaient l'engagement, s'ils cédaient leur marché à des tiers, d'imposer à ces derniers les conditions résultant de la vente. L'exploitation fut commencée par les acquéreurs, puis continuée par un directeur des forges, auquel les acquéreurs avaient revendu les bois. Ceux-ci étant tombés en faillite, le vendeur voulut exercer son privilége sur les bois ouvragés ou à brûler non encore enlevés; il actionna les acquéreurs et le sous-acquéreur. Sa demande fut accueillie par la cour de Limoges. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 154, note 63, § 261. Mourlon, *Examen critique*, t. I, p. 311, n° 119. Pont, t. I, p. 124, n° 149. Comparez Paris, 8 février 1834 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 338, 1°); Bruxelles, 3 juin 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 161).

La cour commence par rappeler le principe que le droit de privilége est subordonné à des conditions légales auxquelles il ne peut être ni dérogé, ni suppléé par des stipulations particulières. Nous avons établi ce principe en exposant les notions générales sur les priviléges (n° 176). Or, la loi n'attribue le privilége au vendeur qu'à la condition que les effets soient encore en la possession du débiteur. Dans l'espèce, le sous-acquéreur avait offert de prouver qu'il avait pris possession des bois par ses ouvriers, soit en transportant à sa forge les bois déjà convertis en charbons, soit en disposant ceux qui devaient subir la même transformation sur l'emplacement affecté à cet usage. Au lieu d'accueillir cette preuve qui était décisive, la cour de Limoges appliqua au tiers acquéreur la clause de l'acte de vente qui permettait au vendeur d'agir contre les cessionnaires des acquéreurs. C'était violer la loi, qui déclare que le privilége ne peut être exercé contre un tiers possesseur. Pour donner action au vendeur contre le sous-acquéreur, il eût fallu une convention expresse qui subrogeât le tiers acquéreur à tous les engagements des acquéreurs eux-mêmes envers le vendeur; or, le tiers ne s'était pas engagé envers le vendeur. De quel droit donc l'arrêt attaqué donnait-il action au vendeur contre lui? Il invoquait la clause portant que l'acquéreur, en cédant son marché, devait imposer au sous-acquéreur les conditions de la vente primitive. Mais cette clause n'obligeait pas le tiers. Il n'était pas même allégué qu'il en eût connaissance. Quand même il l'aurait connue, une convention à laquelle il était étranger ne pouvait avoir aucun effet à son égard, personne ne pouvant être obligé sans son consentement (1).

482. Le vendeur conserve-t-il son privilége si les acheteurs forment entre eux une société pour l'exploitation du fonds de commerce qui fait l'objet de la vente? Il a été jugé que le privilége du vendeur subsistait, puisque les acheteurs n'avaient pas cessé d'être en possession de la chose vendue (2). Le motif de décider n'est pas péremptoire (n° 479);

(1) Cassation, 4 août 1852 (Dalloz, 1852, 1, 297).
(2) Paris, 4 décembre 1871 (Dalloz, 1874, 2, 24).

la question est de savoir si la mise en société de la chose vendue implique une aliénation au profit d'un tiers. Dans l'opinion généralement admise, la société est une personne civile, c'est donc elle qui est propriétaire; et, par conséquent, il faudrait décider que, les acheteurs ayant transmis la propriété de la chose vendue à un tiers, le privilége du vendeur est éteint. La difficulté n'a pas été soulevée devant la cour. Dans notre opinion, la solution n'est pas douteuse. La société, ce sont les associés; ceux-ci continuant d'être propriétaires et de posséder, le vendeur se trouve dans les conditions voulues par la loi pour exercer son privilége.

483. Le vendeur perd-il son privilége lorsque l'acheteur donne le meuble en gage? A notre avis, il le conserve. Il est certain que l'acheteur reste propriétaire de la chose qu'il donne en gage à son créancier, et il est tout aussi certain qu'il conserve aussi la possession de la chose, car il possède, comme le dit Valette, au point de vue de la propriété qu'il a conservée, comme le créancier gagiste possède au point de vue de son droit de gage. Donc le vendeur se trouve dans les conditions voulues par la loi pour l'exercice de son privilége. Mais, comme le créancier gagiste a aussi un privilége, il y a conflit entre deux créanciers privilégiés : lequel primera l'autre? L'article 23 de notre loi répond à la question; et il confirme ce que nous venons de dire, car il implique que le vendeur conserve son privilége. Nous croyons inutile d'entrer dans la controverse que Troplong a soulevée sur notre question; les lecteurs qui voudront se faire une idée de la manière académique de l'auteur n'ont qu'à lire ce qu'il dit de la possession du gagiste et de l'acheteur, ainsi que la réfutation que Mourlon en a faite dans son *Examen critique* (1). La critique est parfois vive, mais le plus souvent elle est méritée; car l'auteur se complaît tant dans ses phrases d'académicien, qu'il finit par les prendre pour des arguments de droit. Ceci à l'adresse de nos jeunes lecteurs!

(1) Valette, p. 105 et suiv., n° 85, et tous les auteurs, sauf Troplong, n° 151, réfuté par Mourlon, *Examen critique*, p. 305, n° 118.

484. Le vendeur peut aussi se trouver en conflit avec le bailleur : lequel l'emportera? Notre loi décide la difficulté; nous y reviendrons en traitant du rang des priviléges mobiliers.

485. Faut-il, pour que le vendeur puisse exercer son privilége, que la chose vendue se trouve dans le même état que lors de la livraison? La loi (art. 20) exige cette condition pour l'exercice du droit de revendication qu'elle donne au vendeur; on demande s'il en est de même du privilége. Si la question pouvait être décidée en théorie, nous croyons qu'il faudrait appliquer le même principe au privilége et à la revendication. En effet, le privilége est un droit réel qui affecte la chose, et qui suppose, par conséquent, la persistance de la chose qui en est grevée; voilà pourquoi le privilége cesse quand l'objet mobilier sur lequel il porte est devenu immeuble par destination, bien que la chose vendue existe telle qu'elle était lors de la vente. Il en devrait être de même si la chose vendue changeait d'*état*, c'est-à-dire d'espèce; la nouvelle espèce qui a été formée transforme la chose vendue; juridiquement parlant, la chose n'est plus la même; donc l'effet mobilier qui avait été grevé du privilége n'existe plus, partant le privilége est éteint. La loi le dit pour la revendication, elle devrait le dire, à plus forte raison, du privilége; car, dans notre droit moderne, la revendication du vendeur n'est plus l'exercice du droit de propriété, c'est une simple mesure conservatoire, une mainmise sur la chose à l'effet de sauvegarder les droits du vendeur; c'est donc une dépendance du privilége; et l'on ne voit pas pourquoi un acte qui ne tend qu'à conserver le privilége ne pourrait plus s'exercer sur la chose, alors que l'exercice du privilége est encore possible. Tel est cependant le système du code; pour le privilége, il ne prescrit aucune condition concernant l'*état* de la chose vendue; tandis qu'il exige que la chose soit dans le même état que lors de la vente pour que le vendeur puisse la revendiquer.

Nous croyons que le législateur a bien fait de s'écarter de la subtilité du droit pour l'exercice du privilége. Quel est le fondement du privilége que la loi donne au vendeur?

Il enrichit le patrimoine du débiteur commun; il est donc juste qu'il soit payé de préférence à ceux qu'il enrichit. Or, les enrichit-il moins quand la chose a changé d'état? La chose, par suite de ce changement, peut diminuer ou augmenter de valeur. J'ai, comme vendeur, un privilége sur un bateau; le bateau est détruit par une tempête, mais il reste des matériaux. Ai-je perdu mon privilége? D'après la subtilité du droit, oui, puisqu'il n'y a plus de bateau, et mon privilége portait sur un bateau. Mais la réponse est tout autre si nous consultons la justice et l'équité, sur lesquelles repose le privilége du vendeur. Est-ce que la masse ne profite pas des débris du bateau? Evidemment, puisqu'ils font partie du patrimoine qui est leur gage. Donc la cause de mon privilége subsiste, et je dois avoir le droit de l'exercer sur les matériaux, sinon les autres créanciers s'enrichiraient à mes dépens. La chose peut aussi augmenter de valeur par la transformation qu'elle a subie. Je vends un bloc de marbre; l'acheteur en fait une statue; d'après la subtilité du droit, la chose vendue n'existe plus, car je n'ai pas vendu une statue. Mais qu'importe? J'ai mis dans le patrimoine du débiteur une valeur qui y est encore, car la statue n'existerait pas sans le bloc que j'ai fourni. La masse en profite donc, dès lors mon privilége a une cause; il va de soi que je ne pourrai l'exercer que jusqu'à concurrence de la valeur que le marbre représente dans la statue, car c'est cette valeur que j'ai mise dans la masse.

486. Il suit de là que le privilége subsiste, quand même la chose vendue ne serait plus dans l'état où elle était lors de la vente. Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute. Les conditions des priviléges, comme les priviléges mêmes, sont de stricte interprétation; on ne peut rien en retrancher ni rien y ajouter. Or, la loi ne prescrit pas que la chose soit dans le même état; donc ce n'est pas là une condition du privilége.

Il reste une difficulté. Le privilége s'exerce sur le prix d'une chose déterminée, celle qui a fait l'objet de la vente; il faut donc que le vendeur prouve que cette chose existe encore dans le patrimoine de l'acheteur. Voilà une condition que tout créancier privilégié sur *certains meubles* doit

remplir; il faut que ces *certains meubles* soient reconnaissables, puisque c'est sur le prix de ces meubles que le créancier exerce son privilége. Si l'identité ne peut pas être démontrée, l'exercice du privilége devient impossible. On est allé plus loin. Duranton applique à la conservation du privilége les distinctions que les articles 570 et 571 établissent, en matière de spécification, pour déterminer à qui appartient la nouvelle espèce, au maître de la matière ou à l'ouvrier (1). C'est confondre deux ordres d'idées tout à fait distincts. Quand il s'agit de spécification, il n'y a aucun rapport juridique entre l'ouvrier et le maître de la matière; tandis qu'en cas de vente, le vendeur a un privilége fondé sur un contrat et sur la loi qui privilégie sa créance; ce privilége porte sur un objet déterminé, et doit subsister tant que l'objet subsiste (n° 485); il faut donc laisser de côté l'argumentation analogique, puisqu'il n'y a point d'analogie.

Troplong a un autre système emprunté à Cujas, lequel l'établit également en matière de spécification, ce qui suffit pour le rejeter, puisqu'il n'y a rien de commun entre la spécification et le privilége du vendeur. Nous croyons inutile de combattre cette opinion, la réfutation a été faite et de main de maître (2). Y eût-il analogie, il faudrait encore rejeter une doctrine qui aboutit à prescrire, pour l'exercice du privilége, des conditions que la loi ignore. Tout ce que la loi et les principes permettent d'exiger, c'est que le vendeur qui réclame un privilége sur un meuble déterminé prouve que ce meuble existe dans le patrimoine du débiteur, quel que soit, du reste, l'état de la chose.

La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Vente d'une coupe de bois à un maître de forges. Les bois sont coupés; une partie reste sur pied, dépouillée de son écorce; une autre est réduite en charbons. Puis l'acheteur tombe en faillite. Les vendeurs réclament leur privilége; ils succombent en première instance. Le tribunal avait jugé d'après

(1) Duranton, t. XIX, p. 172, n° 124. En sens contraire, Pont, t. I, p. 132, n° 153.
(2) Troplong, n°s 109 et suiv., réfuté par Mourlon, *Examen critique*, t. I, p. 128, n° 64.

les règles du droit commercial, bien que les vendeurs ne fussent pas commerçants; la cour d'appel réforma la décision. On objectait que la chose vendue avait changé d'état. Peu importe, répond la cour de Liége, puisque les charbons représentent les bois qui ont fait l'objet de la vente; pour mieux dire, la chose vendue existait, quoique transformée (1).

La cour de Nancy a jugé de même que le privilége du vendeur peut être exercé, bien que les objets vendus aient été dénaturés, alors que l'identité de la chose est constante (2); et la cour de Rouen a appliqué le principe à la vente d'un fonds de commerce avec achalandage, en y ajoutant cette condition que l'identité des objets mobiliers avec ceux qui avaient fait l'objet de la vente soit constatée (3).

487. Le privilége du vendeur peut-il encore être exercé lorsque les effets mobiliers ont été immobilisés par l'acheteur? Nous avons dit que la même question se présente pour le privilége des frais de conservation (n° 470). Sous l'empire du code civil, il y avait controverse; la difficulté a été tranchée par la loi nouvelle. Elle décide que le privilége des frais de conservation et celui du vendeur cessent d'avoir effet si les objets mobiliers sont devenus immeubles par destination ou par incorporation. La raison en est que, dans ce cas, les objets grevés du privilége n'existent plus, ils sont devenus immeubles; or, il ne peut y avoir de privilége mobilier sur des immeubles. Tel est le motif juridique. On pourrait dire que c'est une subtilité, au moins pour les immeubles par destination agricole ou industrielle; l'immobilisation n'est qu'une fiction dans ce cas, puisque les objets mobiliers conservent leur individualité et ne se confondent pas avec les immeubles sur lesquels ils sont placés pour un service agricole ou industriel. Toutefois il était impossible de considérer une seule et même chose comme immeuble et comme meuble; le principe juridique devait donc l'emporter. D'ailleurs le droit est, en ce point,

(1) Liége, 20 décembre 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 269).
(2) Nancy, 28 décembre 1829 (Dalloz, au mot *Faillite*, n° 1036, 3°).
(3) Rouen, 7 août 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 354).

d'accord avec l'intérêt des tiers. Les créanciers hypothécaires comptent sur la valeur intégrale du fonds qui est affecté à leur créance; ils seraient trompés si des créanciers privilégiés venaient leur enlever une partie du gage spécial sur la foi duquel ils ont traité avec le propriétaire.

De ce que l'intérêt des créanciers hypothécaires est engagé dans ce débat, et a été pris en considération par le législateur pour décider que l'immobilisation fait cesser le privilége, il ne faut pas conclure que le vendeur ainsi que le créancier des frais de conservation conservent leur privilége à l'égard des créanciers chirographaires. La loi dispose, en termes absolus, que le privilége établi par les n°s 4 et 5 *cessera d'avoir effet*; or, à l'égard de qui ce privilége a-t-il effet? C'est un privilége mobilier, et ces priviléges n'ont d'effet qu'à l'égard des créanciers chirographaires; la loi décide donc formellement que les frais de conservation et le prix de vente ne jouiront plus d'un droit de préférence. De là suit que s'il n'y a que des créanciers chirographaires, le vendeur et le créancier des frais de conservation ne jouiront pas d'un droit de préférence, ni sur le mobilier, puisque les effets mobiliers sur lesquels ils avaient privilége n'existent plus, ni sur les immeubles, puisqu'ils n'ont pas de privilége immobilier. Cela n'est pas juste, car la valeur des choses qui ont été immobilisées subsiste dans le patrimoine du débiteur; et puisque le conflit n'a lieu qu'entre créanciers chirographaires, ceux qui ont enrichi la masse soit par leurs travaux, soit par les valeurs qu'ils y ont mises, devraient l'emporter sur les autres créanciers. La loi en a décidé autrement.

488. La loi admet une exception au principe qu'elle établit : « Sauf, dit l'article 20, s'il s'agit de machines et appareils employés dans les établissements industriels. » Quoique ces machines et ces appareils soient immeubles par destination, et qu'ils puissent même l'être par incorporation, le privilége du vendeur, de même que celui de l'ouvrier pour dépenses nécessaires, n'est pas éteint par l'immobilisation. Quelle est la raison de cette exception? L'intérêt de l'industrie l'exigeait. La prospérité d'un éta-

blissement industriel dépend de la perfection de ses machines; il fallait donc faciliter aux fabricants les moyens de se procurer les meilleures machines et de les conserver; or, le moyen le plus efficace consiste à assurer aux vendeurs et aux créanciers le payement de leurs créances, en maintenant leur privilége, malgré l'immobilisation.

Cependant le privilége n'est pas maintenu pour toujours, c'est-à-dire aussi longtemps que le vendeur ou le mécanicien ne sont pas payés; la loi dispose que le privilége est maintenu pendant deux ans à partir de la livraison. Pourquoi le privilége est-il limité à deux ans, alors que la créance n'est pas acquittée et ne s'éteint que par la prescription de trente ans? Le législateur, nous en avons déjà fait la remarque, cherche à concilier les divers intérêts qui sont en conflit en matière de priviléges. La loi déroge au droit commun en faveur de ceux qui fournissent ou conservent les machines; cette dérogation a pour objet d'assurer leur payement; or, le crédit que le vendeur et le créancier font au fabricant ne dure pas trente ans; en donnant au privilége une durée de deux ans, le législateur se règle sur les usages du commerce; c'est au créancier privilégié de réclamer son payement dans ce délai; il ne faut pas que sa négligence perpétue son privilége au préjudice des autres créanciers, qui seraient trompés s'ils étaient primés par des priviléges contraires au droit commun, auxquels les tiers ne doivent pas s'attendre.

489. La loi garantit encore les intérêts des tiers, même dans les limites du privilége ainsi réduit à un court délai, en subordonnant son maintien à la publicité. Voici donc un privilége mobilier qui, par exception à la règle, doit être rendu public. L'exception rentre dans le droit commun, en ce sens qu'elle a pour objet d'avertir les tiers créanciers hypothécaires de l'existence d'un privilége qui les primera sur le prix de l'immeuble hypothéqué pour le prix des machines et les frais de conservation de ces machines, créances souvent très-considérables, dont ils ont intérêt à connaître le montant exact. L'article 20 porte à cet égard : « Le privilége n'aura d'effet que pour autant que, dans la quinzaine de la livraison, l'acte constatant la

vente sera transcrit dans un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce. » Ces formes sont imitées de celles que la loi prescrit pour que la vente des immeubles puisse être opposée aux tiers : l'acte doit être transcrit sur un registre public. Mais il y a des différences considérables entre la transcription de l'article 1er et la transcription de l'article 20. La transcription est requise, en général, pour que les actes translatifs de droits réels immobiliers puissent être opposés aux tiers. Dans l'espèce, il ne s'agit pas de la vente des machines; elle est valable, d'après le droit commun; il s'agit du privilége du vendeur, dont la loi prescrit la publicité. Les priviléges immobiliers se conservent par l'inscription, sauf que certains priviléges, notamment celui du vendeur, se conservent par la transcription de l'acte qui constate l'existence de la créance privilégiée. C'est cette forme que la loi a adoptée pour la publicité du privilége de la vente de machines. Mais la transcription ne se fait point sur le registre tenu par le conservateur des hypothèques; c'est le greffier du tribunal de commerce qui transcrit l'acte sur un registre à ce destiné. La raison en est que le privilége reste un privilége mobilier, quoiqu'il s'exerce sur des meubles immobilisés; or, les registres du conservateur ne constatent que des droits immobiliers. D'ailleurs il s'agit d'un commerçant et de créanciers, qui sont aussi des commerçants, et les négociants ont plus de relations avec le tribunal de commerce qu'avec la conservation des hypothèques; le registre tenu au greffe des tribunaux consulaires procure donc une plus grande publicité que la transcription qui serait faite sur les registres du conservateur des hypothèques.

Il y a encore une autre différence entre les deux espèces de transcription. Quand c'est une vente immobilière qui doit être transcrite, la loi n'admet à la transcription que des actes authentiques. L'article 20 ne parle pas de la forme des actes; il s'en rapporte donc au droit commun, c'est-à-dire qu'un acte sous seing privé suffit; mais il faut un acte, puisque sans acte il est impossible d'opérer une transcription, car transcrire, c'est copier. Entre commerçants, la correspondance sert de preuve; elle serait insuffi-

sante pour la transcription, car les lettres ne sont pas des actes, et la loi exige un acte.

La loi ne dit pas que l'acte de vente doit contenir la mention que le prix est dû, comme elle l'exige pour la conservation des priviléges immobiliers. Tout étant de rigueur en cette matière, il faut dire que cette mention ne doit pas être faite. Il y a d'ailleurs une raison qui explique la différence entre la transcription ordinaire et celle de l'article 20. La transcription des actes translatifs de propriété immobilière a un double but et un double effet; elle rend l'acheteur propriétaire à l'égard des tiers, peu importe que le prix soit payé ou non; ensuite elle conserve le privilége du vendeur ainsi que son droit de résolution. Il n'en est pas de même de la transcription de l'acte de vente d'une machine; elle n'a qu'un seul objet, c'est de rendre public le privilége du vendeur; or, le privilége n'est que l'accessoire de la créance; en transcrivant l'acte de vente, le vendeur fait connaître aux tiers qu'il a un privilége, puisque la transcription n'a pas d'autre raison d'être; il est inutile d'ajouter que le prix est dû, car, s'il était payé, le vendeur se garderait bien de faire les frais inutiles de la transcription; et, s'il agissait de mauvaise foi, il s'exposerait à des dommages-intérêts, comme auteur d'un fait dommageable.

Il se présente une légère difficulté dans l'application de ces principes aux frais de conservation. La loi met cette créance sur la même ligne que le prix de vente; le privilége qui la garantit se conserve également, malgré l'immobilisation, sous la condition qu'il soit rendu public. Mais, en organisant la publicité, la loi ne parle que de l'*acte de vente*, elle ne dit pas quel est l'acte qui doit être transcrit quand il s'agit des frais de conservation. Il faut décider, par analogie, que le créancier doit faire transcrire l'acte qui constate la créance; un acte est donc nécessaire pour la conservation du privilége, car il ne peut y avoir de transcription sans acte.

490. La transcription est nécessaire pour que le privilége ait *effet*. Ce sont les termes de la loi. Le privilége non transcrit n'a point d'effet. Il faut ajouter que la transcription doit se faire dans la quinzaine de la livraison; le

délai est fatal. Si l'acte n'est pas transcrit dans ce délai, le privilége s'éteint. L'intérêt des tiers exigeait cette rigueur. S'il n'y a pas de transcription dans le délai légal, ils doivent croire que le créancier privilégié est payé et que son privilége est éteint, ou qu'il y renonce. Par conséquent, passé le délai, ils peuvent traiter en toute sûreté avec le fabricant. C'est le motif pour lequel la loi prescrit un délai si court.

491. Cela suppose que le privilége est public. La loi prescrit la publicité; aux termes de l'article 20, le greffier du tribunal de commerce est tenu de donner connaissance de la transcription à toutes les personnes qui en feront la demande. Si aucun acte n'a été transcrit, le greffier délivrera un certificat constatant qu'aucune transcription n'a été faite au profit d'un créancier privilégié. Afin que les tiers intéressés sachent à quel greffe ils doivent s'adresser pour obtenir connaissance de la transcription, la loi détermine le tribunal au greffe duquel la transcription doit se faire : c'est le tribunal de l'arrondissement dans lequel le débiteur a son domicile; en effet, les tiers traitent avec le débiteur; il est donc naturel qu'ils s'adressent au tribunal de son domicile, car c'est là que s'intentent les actions contre le débiteur. Si le débiteur est étranger, il peut n'avoir pas de domicile en Belgique; dans ce cas, la transcription se fera au greffe du tribunal dans l'arrondissement duquel le débiteur a sa résidence.

Les tiers ont encore grand intérêt à savoir si la transcription a été faite dans le délai légal, puisque, faite après l'expiration de ce délai, elle est inopérante. S'il y a contestation sur le point de savoir si l'acte a été transcrit dans la quinzaine de la livraison, la preuve incombe au créancier; il doit prouver que le droit qu'il prétend exercer a été conservé; or, il ne l'est que par la transcription faite dans le délai légal; c'est donc à lui de prouver qu'il a fait transcrire l'acte dans la quinzaine à partir de la livraison. La loi indique un moyen très-facile de faire cette preuve, ce sont les livres du vendeur et, par analogie, les livres du créancier des frais de conservation. L'article 20 ajoute : sauf la preuve contraire; c'est le droit commun.

192. Le privilége n'est conservé que pendant deux ans à partir de la transcription. Il y a cependant des cas dans lesquels le privilége peut être exercé après ce délai. La loi contient à cet égard la disposition suivante : « En cas de saisie immobilière pratiquée sur les machines ou appareils, ou de faillite du débiteur déclarée avant l'expiration des deux années, le privilége continuera de subsister jusqu'après la distribution des deniers ou la liquidation de la faillite. » Le débiteur tombe en faillite ou en déconfiture pendant le délai de deux ans; par conséquent à un moment où le privilége du créancier subsiste; dès cet instant, le droit à la préférence est acquis au créancier, car il peut immédiatement exercer son droit, le débiteur étant déchu du terme à raison de son insolvabilité constatée; partant, la situation du créancier privilégié est arrêtée, son droit est acquis. C'est le droit commun en cas de faillite du débiteur : les créanciers exercent les droits qui leur appartenaient lors de la déclaration de faillite. Quand le débiteur tombe en déconfiture, le créancier a également un droit acquis, car c'est à ce moment que le gage des créanciers sur les biens du débiteur commun se réalise et que chacun exerce ses droits d'après la nature de sa créance. Peu importe donc que la liquidation ne se termine point dans le délai de deux ans, les lenteurs des voies judiciaires ne peuvent pas nuire aux créanciers privilégiés; ils doivent obtenir lors de la liquidation ce qu'ils auraient obtenu lors de la déconfiture et de la faillite, si les droits des créanciers avaient pu être liquidés immédiatement (1).

193. Pour compléter cette matière, nous transcrirons l'article 546 de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites : « Le privilége et le droit de revendication établis par le n° 4 de l'article 2102 (loi hyp., art. 20, 5°), au profit du vendeur d'effets mobiliers, ainsi que le droit de résolution ne seront pas admis en cas de faillite. » La loi fait exception en faveur des *fournisseurs* de machines employées dans les établissements industriels, sous la condition que

(1) Voyez, sur cette matière, Martou, t. II, p. 147, n°s 480-484. Delebecque, *Commentaire législatif*, p. 116, n°s 124 et 125. Cloes, *Commentaire de la loi de* 1851, t. I, p. 307, n°s 534-540.

le privilége sera rendu public. C'est cette exception que les auteurs de la loi hypothécaire ont admise comme droit commun en matière civile.

N° 2. DU DROIT DE REVENDICATION.

494. L'article 20 porte : « Si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même *revendiquer* les objets vendus tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur et en empêcher la revente, pourvu que la revendication en soit faite dans la huitaine de la livraison, et qu'ils se trouvent dans le même état que lors de la livraison. » Qu'est-ce que ce droit de revendication? La question a été l'objet de longues controverses. Il est certain que le mot *revendiquer* n'est pas employé ici dans son sens propre. La revendication est l'exercice du droit de propriété; or, le vendeur a cessé d'être propriétaire dès le moment où la vente s'est formée par le consentement des parties contractantes; c'est l'acheteur qui en est devenu propriétaire dès cet instant, et celui qui n'est pas propriétaire peut-il revendiquer contre celui qui l'est? Cependant cette étrange doctrine a trouvé un défenseur. Troplong a soutenu que la vente était résolue de plein droit dans le cas prévu par l'article 2102 (loi hyp., art. 20), et que, par suite, le vendeur pouvait revendiquer la chose. L'opinion de Troplong est toujours restée isolée, elle a été combattue et réfutée par tous les auteurs. Nous croyons inutile de renouveler le débat. Il suffit de remarquer que le texte même du code repousse l'interprétation que l'on a voulu lui donner. La loi ne dit pas un mot de la prétendue résolution de plein droit que Troplong a imaginée, et elle n'implique pas davantage cette résolution, qui n'a aucune raison d'être. Chose singulière! La loi dit elle-même quel est l'objet de la revendication : c'est d'*empêcher la revente*. Quel intérêt le vendeur a-t-il d'empêcher l'acheteur de revendre? Cela suppose que la vente subsiste; si la vente était résolue de plein droit, l'acheteur, n'étant plus propriétaire, n'aurait pas le droit de revendre. C'est parce que la vente subsiste et que l'acheteur, restant propriétaire, aurait le droit de revendre la chose, que le lé-

gislateur a dû donner au vendeur un moyen de l'empêcher. En effet, sans le droit de revendication, toutes les garanties que la loi donne au vendeur non payé deviennent illusoires. Il a le droit d'agir en résolution de la vente; mais ce droit ne peut être exercé que contre l'acheteur; si celui-ci revend, le vendeur n'a aucune action contre le sous-acquéreur, et son action contre l'acquéreur est illusoire, puisqu'on le suppose en déconfiture; il faut donc empêcher l'acheteur de revendre pour que le droit de résolution soit efficace. Le vendeur a encore un privilége; au lieu de demander la résolution de la vente, il peut en poursuivre l'exécution, en réclamant son prix par préférence à l'égard des autres créanciers; mais le privilége aussi ne peut être exercé que si l'acheteur reste en possession; dans notre opinion, il suffit même qu'il y ait revente pour que le privilége s'évanouisse (n° 479); il faut donc empêcher l'acheteur de revendre pour que le privilége soit efficace. Ainsi le droit qu'a l'acheteur, en sa qualité de propriétaire, de revendre la chose compromet toutes les garanties que la loi donne au vendeur; il fallait une sanction à ces garanties : cette sanction, c'est la revendication.

495. On dira que cette interprétation, aujourd'hui généralement admise, est en opposition avec le texte. La loi dit que le vendeur peut revendiquer; la revendication implique que celui qui l'exerce est propriétaire; et, dans notre opinion, il ne l'est pas; il ne revendique point, il saisit la chose et la fait rentrer en sa possession pour empêcher l'acheteur de la revendre, sauf à exercer ensuite l'un des droits que la loi lui donne, le droit de résolution ou le droit au prix avec privilége. Qu'est-ce qui nous autorise à donner ce sens au mot *revendiquer?* Nous répondons : le texte et les principes. L'article 20 emploie également le mot de *revendication* pour qualifier le droit de saisie qui appartient au bailleur, ou le droit de suite qu'il a contre un tiers acquéreur. Il est d'évidence que le bailleur ne peut pas *revendiquer* des objets mobiliers qui ne lui appartiennent pas, qui peuvent même ne pas appartenir au preneur; le mot *revendiquer* est, dans ce cas, synonyme du mot *saisir*, dont la loi se sert également pour qualifier le droit du

bailleur. Eh bien, s'étant servi, dans le n° 1 de l'article 20, du mot *revendiquer* pour désigner le droit de saisie, il était naturel que le législateur employât le même mot dans le n° 5 pour désigner le droit de saisie du vendeur. Il y a encore une raison historique qui explique cette expression et qui explique aussi l'erreur de Troplong, c'est la tradition romaine. En droit romain, le vendeur restait propriétaire quand la vente était faite sans terme; il pouvait donc, si l'acheteur ne payait pas, *revendiquer* la chose; ce droit de revendication rendait toute autre garantie inutile; aussi le vendeur n'avait-il ni privilége ni droit de résolution. Dans la théorie du code, la propriété est transférée à l'acheteur, que la vente se fasse avec ou sans terme; il fallait d'autres garanties au vendeur non payé : la loi lui donne le droit de résolution et le privilége. Mais ces garanties risquent de devenir inefficaces quand l'acheteur revend; et il sera tenté de revendre, s'il est en déconfiture, pour se procurer des ressources; le vendeur est donc en danger de perdre la chose et le prix : la loi vient à son secours en lui donnant le droit de revendiquer la chose vendue, c'est-à-dire de la saisir, afin d'empêcher l'acheteur de revendre.

496. Le droit de saisie que la loi donne au vendeur est en harmonie avec les principes; tandis que la revendication, telle que Troplong l'a imaginée, serait une anomalie inexplicable. Il y a une vente sans terme; l'acheteur est propriétaire, mais il ne peut pas forcer le vendeur à lui faire la délivrance, à moins que lui-même ne paye le prix (art. 1612); le vendeur peut donc retenir la chose jusqu'à ce que l'acheteur paye le prix; ce droit de rétention est une garantie contre le droit de revente qui appartient à l'acheteur, il peut bien revendre, mais il ne pourra pas livrer la chose; et le sous-acquéreur n'a pas le droit de revendiquer la chose contre le vendeur, puisqu'on ne revendique pas les choses mobilières. Si le vendeur, qui n'était pas tenu de délivrer la chose à l'acheteur, en fait néanmoins la délivrance, la loi lui permet, quand il est en danger de perdre la chose et le prix, de reprendre la possession de la chose; les droits des parties restant entiers; la vente subsiste,

l'acheteur reste propriétaire, le vendeur peut agir en résolution ou en payement du prix.

Nous disons que, dans le système de Troplong, tout devient inexplicable. Il y a vente, translation définitive de la propriété, délivrance de la chose. L'acheteur ne paye pas et tombe en déconfiture. La vente, dit-on, est résolue de plein droit. Pourquoi? On en chercherait vainement la raison. Tout ce que la loi dit, au titre des *Obligations* et au titre de la *Vente,* c'est que l'acheteur qui tombe en déconfiture perd le bénéfice du terme; quand la vente a été faite sans terme, et que le vendeur a eu l'imprudence de délivrer la chose, il ne lui reste plus qu'à agir en résolution ou à exercer son privilége. Mais ces garanties risquent aussi de devenir illusoires. Est-ce une raison de résoudre la vente de plein droit? Ce serait une dérogation au droit commun établi par l'article 1184, et une dérogation qui n'aurait pas de raison d'être. En effet, le vendeur peut avoir intérêt à maintenir la vente en exerçant son privilége; de quel droit la loi lui enlèverait-elle une faculté qu'il tient de son contrat? Il y a un moyen plus simple de lui donner une pleine garantie, c'est de lui permettre de saisir la chose pour recouvrer la possession qu'il a eu l'imprudence d'abandonner à l'acheteur. La saisie laisse tous les droits intacts, tandis que la résolution de plein droit anéantirait le contrat sans raison aucune.

497. Il y a un dernier argument en faveur de l'opinion commune, et il est décisif. La tradition romaine a égaré Troplong, et cependant cette tradition même devait l'avertir qu'il se trompait; on n'explique pas le code Napoléon par le droit romain, alors que le législateur français a dérogé au droit de Rome. Il y a une autre tradition qu'il fallait consulter et qui est la nôtre, bien plus que celle des jurisconsultes romains, c'est la tradition coutumière. Que dit Dumoulin, l'oracle du droit coutumier, le vrai auteur du code civil? La coutume de Paris portait (art. 194) : « Qui vend une chose mobilière sans jour et sans terme, espérant être payé promptement, il peut sa chose poursuivre, en quelque lieu qu'elle soit transportée, *pour être payé du prix qu'il l'a vendue*. » Dumoulin fit, sur ces der-

niers mots, la note suivante : « Et pour *la recouvrer* et en *demeurer saisi* jusqu'à ce qu'il soit payé. » Tous les commentateurs de la coutume reproduisent cette note; elle explique l'origine et le but de la revendication. Il ne s'agit pas de résoudre la vente, ni de revendiquer la propriété. Le vendeur aliène pour toucher son prix; mais, pour qu'il soit sûr de le toucher, il faut qu'il puisse *recouvrer* et *ressaisir* la chose qu'il avait livrée à l'acheteur *dans l'espoir d'être payé promptement;* si cette espérance est déçue, il risque de perdre la chose et le prix. La coutume vient à son aide, mais elle se garde bien de résoudre la vente, elle donne au vendeur le moyen d'être payé; nous ajoutons, dans le droit moderne : ou d'obtenir la résolution de la vente (1).

498. Quelles sont les conditions requises pour la revendication. Ici se présentent de nouvelles difficultés, non quant à l'existence des conditions, la loi est expresse, mais quant aux motifs. Il faut d'abord que la vente ait été faite sans terme. Pourquoi? Nous avons donné la raison que l'on allègue dans l'opinion commune (n° 396); elle explique la condition, mais, à notre avis, elle ne justifie pas suffisamment la loi. Il est vrai que le vendeur qui vend avec terme doit faire la délivrance de la chose, et, s'il l'a faite, il ne peut pas revenir sur une obligation qu'il était tenu de remplir; il y a contradiction à réclamer la possession de la chose quand on n'a pas le droit de la garder. Cela paraît péremptoire, mais on oublie l'article 1613, qui modifie le principe de l'article 1612 que nous venons de rappeler : « Le vendeur ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le payement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en déconfiture. » Or, c'est bien dans ces circonstances que le vendeur a intérêt à revendiquer, car c'est quand l'acheteur tombe en déconfiture qu'il y a lieu d'exercer le privilége à l'égard des autres créanciers, ou de demander la résolution de la vente. Si le vendeur n'est pas tenu de délivrer, en cas de décon-

(1) Valette, p. 112, n°s 87-88. Mourlon, *Examen critique*, t. I, p. 389, n°s 130 et 131. Pont, t. I, p. 135, n° 155. Comparez Troplong, n° 193.

fiture survenue depuis la vente, il doit avoir le droit de revendiquer, dans le sens de la loi hypothécaire, c'est-à-dire de reprendre la possession de la chose vendue, pour empêcher l'acheteur de revendre.

L'explication que l'on donne généralement de la première condition exigée par la loi pour l'exercice de la revendication laisse encore à désirer sous un autre rapport. Il n'est pas exact de dire que le droit de revendication se rattache au droit qu'a le vendeur sans terme de ne pas faire la délivrance de la chose; la revendication, comme le mot même le prouve, est d'origine romaine. C'était, dans le principe, l'exercice du droit de propriété; dans l'ancien droit, la revendication changea de caractère et devint une simple saisie, mais on maintint la condition exigée par le droit romain, à savoir que la vente eût été faite sans terme. Cette condition avait sa raison d'être dans le droit romain, puisque la vente à terme ne transférait pas la propriété tant que l'acheteur ne payait pas le prix, mais elle n'est plus en harmonie avec notre nouveau droit. Il ne s'agit plus de revendiquer, il s'agit de saisir la chose vendue. Pourquoi? Pour donner au vendeur une garantie et rendre efficaces son droit de résolution et son privilége. Or, le vendeur a toujours un privilége et un droit de résolution, qu'il vende avec ou sans terme; donc le législateur aurait dû lui donner aussi, en toute hypothèse, la revendication.

499. La seconde condition exigée par la loi pour que le vendeur puisse revendiquer, c'est que les objets vendus soient encore en la possession de l'acheteur. Si un tiers les possède, il est à l'abri de la revendication et de toute action réelle; il peut invoquer la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Il y a encore un autre motif : le privilége ni le droit de résolution ne peuvent être exercés contre un tiers possesseur, les meubles n'ayant pas de suite, et la revendication n'est qu'un moyen d'exercer ces droits; la revendication n'a donc plus de raison d'être dès que le vendeur n'a plus ni privilége ni droit de résolution.

500. La revendication doit être faite dans la huitaine de la livraison. Quel est le motif de cette troisième condi-

tion? On dit que le vendeur qui n'use pas de la revendication dans un bref délai est censé renoncer au droit de rétention. D'autres disent qu'il est censé accorder un terme à l'acheteur; ce qui le rend non recevable à revendiquer (1). A notre avis, ce n'est pas là le vrai motif. Le vendeur n'a aucun intérêt à renoncer à un droit qui seul lui donne le moyen d'exercer son privilége ou la résolution; renoncer à la revendication, c'est renoncer à toutes ses garanties : la loi peut-elle présumer que le vendeur renonce au seul moyen qu'il a d'être payé ou de recouvrer la propriété de la chose vendue? Si elle limite à un très-court délai l'exercice de la revendication, c'est dans l'intérêt des tiers, non des tiers acheteurs, car ceux-ci sont à l'abri de toute action réelle, mais des tiers créanciers chirographaires qui traitent avec l'acheteur sur la foi de sa richesse mobilière, laquelle est augmentée, en apparence, par les objets vendus et non payés. Si le vendeur pouvait les revendiquer, les tiers seraient trompés, puisque, après les avoir revendiqués, il exercerait son droit de résolution et enlèverait ainsi aux tiers un gage sur lequel ils comptaient. Ce qui prouve que tel est l'esprit de la loi belge, c'est qu'elle prononce la déchéance de l'action résolutoire, à l'égard des autres créanciers, lorsque le vendeur est déchu de la revendication, donc par cela seul qu'il n'a pas revendiqué dans les huit jours.

501. Enfin la loi veut que les objets mobiliers se trouvent encore dans le même état que lors de la livraison. Nous avons dit que cette condition n'est pas exigée pour l'exercice du privilége. Quelle est la raison de cette différence? A notre avis, il n'y a pas de bonne raison. Voici celle que l'on donne. La revendication, dit-on, est un droit rigoureux qui s'attache à la chose même; il n'eût guère été possible de l'admettre dans le cas où la chose aurait reçu, par les soins ou le travail de l'acheteur, une transformation notable. Le privilége, au contraire, affecte la valeur de la chose plutôt que la chose elle-même (2). Cette explication

(1) Pont, t. I, p. 139, n° 158. Martou, t. II, p. 154, n° 492.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 158, note 71, § 261. Pont, t. I, p. 139, n° 159.

ne tient aucun compte de l'objet de la revendication; elle suppose que la revendication et le privilége sont deux droits distincts, tandis que la revendication n'est qu'une mesure conservatoire qui met le vendeur à même, soit d'agir en résolution de la vente, soit de demander le payement du prix. Le vendeur saisit la chose vendue pour pouvoir exercer son privilége; donc, par cela seul qu'il a le privilége, il devrait avoir le droit de revendiquer. Or, dans l'opinion commune que nous avons enseignée, le vendeur conserve son privilége, quoique la chose ait changé d'espèce par le travail de l'acheteur; donc il devrait avoir le droit de revendiquer; lui laisser le privilége et lui enlever la revendication, c'est lui donner un droit illusoire.

La condition exigée par le législateur moderne ne serait-elle pas un débris de l'ancienne théorie romaine? Si l'on considère la revendication comme l'exercice d'un droit réel, il est très-logique de ne la permettre que lorsque la chose vendue est encore dans le même état, car, si elle a changé d'espèce, le droit réel s'évanouit, puisqu'il n'a plus d'assiette. On appliquait, dans l'ancien droit, le même principe au privilége. « Aussitôt, dit Ferrière, que la chose a été convertie en une autre forme, quoiqu'elle se trouve entre les mains de l'acheteur, le privilége cesse, parce qu'on peut dire que, *mutata forma*, ce n'est plus la chose même qui était auparavant (1). » Cela était très-juridique, mais cela était peu équitable (n° 485). Les auteurs du code ont abandonné, en ce point, la doctrine traditionnelle; ils auraient dû, logiquement, admettre le même principe pour la revendication.

502. Dans quelle forme se fait la revendication? Les auteurs et les arrêts supposent que le vendeur exerce la revendication en justice, et le texte de la loi belge paraît conçu en ce sens; elle qualifie la revendication d'*action revendicatoire,* et toute action doit être portée devant les tribunaux. En théorie, la nécessité d'une action judiciaire ne se comprend pas. Celui qui revendique; dans le sens de

Martou (t. II, p. 154, n° 491) a une autre explication qui n'est pas plus satisfaisante.

(1) Ferrière, *Commentaire de la coutume de Paris,* art. 176, n° 10.

la loi hypothécaire, met la main sur la chose par voie de saisie, et la saisie est un acte extrajudiciaire, puisqu'il ne faut pas un jugement. La justice n'intervient que lorsqu'il y a une contestation; or, la revendication n'est pas une contestation, ni la réclamation d'un droit, c'est une simple saisie. Le vendeur ne demande rien; pourquoi donc s'adresserait-il au juge? Il en est de la revendication du vendeur comme de celle du bailleur; celui-ci agit par voie de saisie: pourquoi en serait-il autrement du vendeur? Ce qui a trompé peut-être les interprètes, c'est le mot de *revendication* et la tradition romaine; celui qui revendique, dans le vrai sens du mot, doit agir en justice, parce qu'il y a deux droits en conflit. Mais le vendeur ne revendique point, il fait un acte conservatoire. Cet acte ne porte aucune atteinte aux droits de l'acheteur: celui-ci peut sans doute s'opposer à la saisie, et dès qu'il forme opposition, il y a un débat judiciaire. Mais si le vendeur revendique sous les conditions exigées par la loi, l'acheteur ne pas s'y opposer; les droits du vendeur restent entiers, puisque la vente subsiste.

503. Nous disons que la vente subsiste. Dans l'opinion commune, cela est incontestable. La revendication n'est pas une résolution, ni une résolution de plein droit, comme Troplong l'avait imaginé, ni une résolution demandée en justice, comme Duranton l'enseignait. La loi nous dit quel est le but de la revendication, et par là elle nous apprend quel en est l'effet. C'est pour empêcher l'acheteur de revendre que le vendeur saisit les effets mobiliers dont il a fait la délivrance à l'acheteur. Voilà le seul but et le seul effet de la revendication. Lorsque le vendeur sera rentré en possession de la chose, il maintiendra la vente ou il en demandera la résolution, comme il le jugera convenable; et si la vente est maintenue, il demandera le payement avec privilége, puisque le débiteur est en déconfiture. La loi le suppose; c'est pour que le vendeur puisse exercer son privilége qu'elle lui permet d'empêcher la revente, en saisissant la chose vendue; or, on n'exerce les priviléges que lorsque le débiteur est en déconfiture. Voilà pourquoi la loi traite du droit de revendication, au titre des *Hypothèques;* toutes les dispositions de la loi hypothécaire sup-

posent la déconfiture du débiteur; s'il est solvable, le contrat de vente s'exécute régulièrement; il n'est question alors ni de privilége, ni de résolution, ni de revendication.

504. La loi contient encore une disposition sur le rapport de l'action résolutoire et de la revendication. Elle est ainsi conçue : « La déchéance de l'action revendicatoire emportera également celle de l'action en résolution à l'égard des autres créanciers. » Cette disposition déroge aux principes du code civil. Le vendeur non payé peut demander la résolution de la vente tant que l'acheteur est en possession des effets vendus. Cette action dure trente ans, d'après le droit commun. Sous l'empire du code civil, le vendeur, déchu du droit de revendication, conservait son action résolutoire. C'était un droit très-préjudiciable aux tiers créanciers chirographaires. Ils comptaient que le gage du mobilier vendu leur resterait quand il n'y avait pas de revendication dans les huit jours; puis venait le vendeur non payé, qui agissait en résolution et leur enlevait le gage sur la foi duquel ils avaient traité. Le code civil n'était pas logique: limitant à un délai très-bref l'exercice de la revendication dans l'intérêt des tiers créanciers, il devait aussi limiter l'exercice de l'action résolutoire, car pour les tiers la résolution était aussi funeste que la revendication. Le législateur belge a sauvegardé l'intérêt des tiers; après huit jours depuis la livraison des objets vendus, les tiers n'ont plus à craindre ni revendication ni résolution; ils peuvent donc traiter sur la foi de la richesse mobilière de leur débiteur; toutefois leur sécurité n'est pas complète, ils ont toujours à redouter le privilége du vendeur. A ce danger il n'y avait d'autre remède que la publicité; et le législateur n'a pas jugé convenable de l'ordonner pour les ventes mobilières, pas plus que pour les priviléges mobiliers en général. Il peut aussi y avoir conflit entre les créanciers hypothécaires et le vendeur; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de la *Vente* (t. XXIV, n° 367).

La loi ajoute que la déchéance de l'action résolutoire n'existe qu'à l'égard des créanciers. C'est l'application des principes que nous venons d'exposer. La loi hypothécaire ne s'occupe pas de l'effet des contrats quand il n'y a pas

de concours entre les créanciers, c'est-à-dire quand le débiteur est solvable; les parties restent donc sous l'empire du droit commun, d'après lequel le vendeur peut demander la résolution contre l'acheteur, pendant trente ans. Dès que les tiers créanciers ne sont pas en cause, il n'y a aucune raison de limiter le droit du vendeur.

§ V. *Les fournitures de l'aubergiste.*

505. La loi accorde un privilége aux fournitures de l'aubergiste sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge (art. 20, 6°; code civil, art. 2102, 5°). Quel est le fondement de ce privilége? Il était admis par le droit coutumier. Ferrière, le commentateur de la coutume de Paris, nous en dit la raison. Le privilége de l'hôtelier, de même que celui du bailleur, repose sur un gage tacite. Ce gage est admis par la loi dans l'intérêt du voyageur autant que dans celui de l'aubergiste, et leur intérêt se confond avec celui de la société. Ceux qui logent les passants, pèlerins et voyageurs, dit Ferrière, le font par la nécessité d'un office public; ils sont obligés de recevoir toutes sortes de personnes, quoiqu'ils ne les connaissent point, sans avoir aucune assurance de payement de la dette et des dépenses qu'ils font chez eux; il importe donc aux voyageurs que les hôteliers trouvent une garantie dans le gage tacite des effets qu'ils transportent avec eux, et la société est intéressée à favoriser la circulation des hommes : c'est favoriser le commerce des choses et des idées. Cette raison est commune aux hôteliers et aux bailleurs; mais Ferrière remarque, avec raison, que la créance des aubergistes est plus favorable que celle des propriétaires, parce que, outre le logement, ils fournissent les aliments aux voyageurs, et la cause des aliments a toujours été vue avec faveur. Il faut ajouter que l'aubergiste est assimilé, par la loi, à un dépositaire nécessaire des objets que les voyageurs déposent dans l'auberge; il en résulte que la preuve testimoniale et, par suite, les présomptions sont admises indéfiniment pour prouver le fait du dépôt; et, dans le système du code, les aubergistes étaient contraigna-

bles par corps. De plus, les hôteliers sont responsables du vol ou du dommage des effets des voyageurs, soit que le vol ait été commis ou que le dommage ait été causé par les domestiques de l'hôtel, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie (art. 1950 et 1953). Soumis à une responsabilité exceptionnelle et à une preuve très-dangereuse, il était juste que la loi leur accordât aussi une protection spéciale pour le payement de la créance qui peut leur devenir si funeste (1).

506. Le privilége appartient à l'aubergiste pour ses fournitures. Qu'entend-on par aubergiste? C'est, dit Merlin, celui qui tient une auberge ou hôtellerie, et qui fait profession de recevoir, loger et nourrir les voyageurs (2). La notion de l'aubergiste est donc inséparable de celle de voyageurs; là où il n'y a point de voyageurs, il ne saurait être question d'un privilége d'aubergiste. Cela résulte du texte même de la loi : l'aubergiste a un privilége sur les effets que le *voyageur* transporte dans son auberge. Si l'hôtelier, comme cela arrive assez souvent, loue un appartement à une personne domiciliée dans la ville où il exerce sa profession, il n'aura pas le privilége sur les effets qui appartiennent à cette personne; le texte n'est pas applicable, puisque le débiteur n'est pas un voyageur, et l'esprit de la loi est également étranger à cette hypothèse. Si la loi accorde un privilége à l'aubergiste, c'est, dit Ferrière (n° 505), parce qu'il est obligé par office public de recevoir toute sorte de passants qu'il ne connaît point; or, il ne peut pas dire qu'il ne connaît pas les gens de la ville qu'il habite; il sait s'ils offrent ou non des garanties de solvabilité, il peut stipuler des sûretés, la loi n'a pas besoin de lui en donner. Par contre, s'il reçoit un voyageur, il acquiert un privilége, alors même que le voyageur aurait loué un appartement pour un terme plus ou moins long; il reste toujours voyageur, par conséquent, on se trouve dans le texte et dans l'esprit de la loi (3).

Il suit du même principe que les cabaretiers n'ont pas le

(1) Ferrière, *Commentaire*, art. 175, n° 1. Valette, p. 36, n° 69.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Hôtelier*.
(3) Pont, t. I, p. 142, n° 163 et p. 143, note 1.

privilége que la loi accorde à l'aubergiste, quand même ils feraient des fournitures d'aliments à un voyageur. S'il faut un voyageur pour que le privilége existe, il faut aussi un aubergiste, car c'est la faveur due à ses fournitures qui a fait établir le privilége; or, si l'aubergiste est favorable, le cabaretier ne l'est certainement pas. Dans l'ancien droit, leurs créances étaient frappées de réprobation, à ce point que les coutumes leur refusaient toute action en justice (coutume de Paris, art. 128); et il faudra en revenir à une législation exceptionnelle contre ceux qui favorisent la débauche et la corruption de la jeunesse : le mal gagne jusqu'à l'enfance! Toujours est-il qu'il ne peut être question de les privilégier (1). Le principe est important par les conséquences auxquelles il conduit.

Il reste une difficulté quant au principe. On demande si les logeurs en garni sont compris parmi les aubergistes. L'affirmative n'est pas douteuse, bien entendu s'ils logent des étrangers, car la fourniture du logement est une fourniture d'aubergiste. Il est vrai qu'ils ne fournissent pas les aliments, mais cela n'empêche point qu'ils reçoivent chez eux tous passants et voyageurs; le texte de la loi leur est donc applicable; ils sont hôteliers en partie, et il n'y a pas de raison de refuser le privilége pour la fourniture du logement, quand même le logeur ne fournirait pas les subsistances. L'esprit de la loi confirme cette interprétation. Elle veut tout ensemble assurer un gîte aux voyageurs et garantir la créance de celui qui les reçoit; elle doit donc privilégier ceux qui reçoivent les passants (2).

507. Quelle est la créance privilégiée? Ce sont les fournitures de l'aubergiste, c'est-à-dire les fournitures que l'aubergiste fait en cette qualité aux voyageurs; donc le logement et la nourriture. Dans les aliments on comprend les boissons qu'il est d'usage de prendre à table. Que faut-il dire des vins et liqueurs qui seraient fournis en dehors des besoins de l'alimentation? Les auteurs semblent les privilégier (3). A notre avis, ces fournitures ne jouissent d'aucun

(1) Troplong, n° 202.
(2) Duranton, t. XIX, p. 182, n° 128.
(3) Pont, t. I, p. 143, n° 164.

privilége, car ce ne sont pas des fournitures d'aliments, ce sont des fournitures de cabaretier, et celles-ci ne méritent aucune faveur; nous ne voyons pas pourquoi, faites par un cabaretier ou cafetier, elles ne seraient pas privilégiées, tandis qu'elles le seraient quand elles sont faites par un hôtelier.

Il y a un point sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que les fournitures absolument étrangères à l'alimentation ne sont pas privilégiées. On cite comme exemples les avances de l'hôtelier pour payer les emplettes que le voyageur ferait en ville, ou pour acquitter le prix de la voiture qui l'a amené (1). C'est un prêt, et la loi ne privilégie pas cette créance.

508. Quels sont les meubles que la loi affecte au privilége de l'aubergiste? Aux termes de l'article 20 (code civil, art. 2102), ce sont les effets du voyageur qui ont été transportés dans l'auberge. C'est le transport dans l'auberge qui constitue le gage tacite; et le gage comprend tous les effets que le voyageur transporte dans l'hôtel, soit que ces effets l'accompagnent, soit qu'il les reçoive pendant qu'il est à l'hôtel, soit même qu'il les achète pendant qu'il y séjourne; la loi ne distingue pas, elle n'exige qu'une chose, c'est que les effets aient été transportés par le voyageur dans l'auberge.

Faut-il que les effets appartiennent au voyageur? La négative est généralement admise, et, nous croyons, avec raison. Il y a un motif qui est péremptoire, c'est que la loi n'exige pas cette condition, et, en matière de priviléges, on ne peut pas ajouter à la loi. La cour de Colmar objecte les termes du code : la loi dit : les effets du *voyageur* qui ont été transportés dans l'auberge; elle ne dit pas : les effets que le voyageur y a transportés (2). Il est certain qu'il y a une différence entre les deux manières de s'exprimer. Mais l'expression dont le code se sert ne signifie pas nécessairement les effets qui sont la *propriété* du voyageur; elle signifie aussi les effets que le voyageur a en sa possession;

(1) Duranton, t. XIX, p. 182, n° 128.
(2) Colmar, 26 avril 1816 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 390. En sens contraire, Duranton, t. XIX, p. 184, n° 130, et tous les auteurs.

le texte permet donc deux interprétations, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur celle qui doit être préférée. La cause du privilége tranche la difficulté : c'est un gage tacite, analogue à celui du bailleur; or, le gage du bailleur frappe les meubles qui garnissent les lieux loués, quand même ils n'appartiendraient pas au locataire; il en doit être de même, et à plus forte raison, du privilége que la loi donne à l'aubergiste. Nous disons à plus forte raison; car le bailleur pourrait, à la rigueur, s'informer si les meubles appartiennent au locataire; tandis que l'aubergiste reçoit des voyageurs qu'il ne connaît point et qu'il n'a aucun moyen de connaître, bien moins encore peut-il savoir s'ils sont propriétaires des effets qu'ils ont avec eux. Il faut donc appliquer au privilége de l'aubergiste ce que nous avons dit de celui du bailleur (n[os] 417 et suivants).

Par application de ces principes, on décide que l'aubergiste ne peut réclamer son privilége sur les effets qui n'appartiennent pas au voyageur que s'il est de bonne foi. La loi le dit dans le conflit entre deux créanciers privilégiés, le vendeur non payé et l'aubergiste (art. 23). Il faut en dire autant s'il y a conflit entre l'hôtelier et le propriétaire. C'est le principe de l'article 2279 qui domine cette matière; de là suit que le propriétaire pourrait, par exception, revendiquer sa chose contre l'aubergiste, quand même celui-ci serait de bonne foi, si la chose avait été volée ou perdue. Tout le monde est d'accord sur ces points (1).

509. Pour que l'aubergiste ait un privilége sur les effets du voyageur, il faut qu'ils aient été transportés dans l'auberge. Le privilége est donc attaché à la possession. De là suit que l'hôtelier n'a aucun droit de préférence sur les effets que le voyageur n'a pas transportés dans l'auberge; il n'a d'autre droit sur ces effets que le gage général que la loi accorde aux créanciers sur tous les biens de leur débiteur. De là suit encore que le privilége de l'hôtelier, de même que celui du créancier gagiste, cesse avec sa possession. Cela est de tradition. Pothier dit que les aubergistes n'ont de privilége que sur les effets qui sont en leur pos-

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 161, note 77, § 261.

session. Il en tire la conséquence que si un voyageur avait logé dans un hôtel à différentes reprises, emportant à chaque voyage ses effets, l'aubergiste ne pourrait exercer son privilége sur les effets du voyageur que pour les dépenses faites lors de son dernier séjour (1). Cela est très-juridique. A chaque voyage il naît un droit de gage, et ce droit s'éteint dès que le voyageur quitte l'hôtel en emportant ses effets; il ne reste à l'hôtelier qu'une créance chirographaire. Les aubergistes s'y trompent parfois. Dans une espèce où l'hôtelier avait saisi lui-même les chevaux et la charrette d'un voyageur pour des dépenses d'un séjour antérieur du voyageur, il a été jugé qu'il avait commis un acte arbitraire et illégal qui donnait ouverture à une réparation civile; en conséquence, la cour le condamna à 200 francs de dommages-intérêts et mit à sa charge la dépense des chevaux retenus illégalement (2).

510. On suppose que les effets transportés à l'auberge ont été détournés clandestinement et à l'insu de l'aubergiste. Celui-ci a-t-il le droit de les revendiquer contre les tiers possesseurs? Le droit de revendication est généralement admis : les uns le fondent sur l'article 2279, les autres sur l'article 2102, 1° (loi hyp., art. 20, 1°), qui permet au bailleur de revendiquer les meubles déplacés sans son consentement. Il nous semble qu'il y a, dans ces diverses opinions et dans les raisons que l'on donne pour les justifier, une confusion complète : aucun des principes que l'on invoque ne reçoit d'application à l'hôtelier. Que dit l'article 2279? Que celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans. Cela suppose que les objets appartiennent à celui qui en fait la revendication; c'est une exception à la règle d'après laquelle, en fait de meubles, la possession vaut titre; le propriétaire ne peut pas revendiquer contre un possesseur de bonne foi, il le peut par exception en cas de perte ou de vol. Cette disposition peut-elle être appliquée à l'aubergiste? Celui-ci n'est pas propriétaire, il ne peut donc pas revendiquer. Il

(1) Pothier, *Procédure civile*, chap. II, sect. II, art. VII, § II, Pont, t. I, p. 144, n° 166, et tous les auteurs.
(2) Rouen, 16 messidor an VIII (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 392).

a une espèce de droit de gage, mais il le perd du moment qu'il perd la possession. On prétend que le détournement de la chose constitue un vol du gage, lequel donne lieu à la revendication (1). Nous répondons que nos lois ne connaissent pas ce vol du gage, et aucune loi ne permet à celui qui n'est pas propriétaire de revendiquer la chose.

L'aubergiste peut-il invoquer le droit de suite que l'article 20 (code civil, art. 2102, 2°) donne au bailleur? Ceux qui le prétendent (2) oublient que les meubles n'ont pas de suite (art. 2119; loi hyp., art. 46). C'est par exception que le bailleur est investi de ce droit, et l'exception est unique. On ne peut l'étendre aux autres créanciers privilégiés, quand même leur privilége serait fondé sur un gage tacite, comme celui du bailleur. Cette extension d'un droit exceptionnel, en matière de priviléges, est contraire à tout principe. Ceux qui l'admettent sont de plus très-inconséquents. Si l'on assimile l'aubergiste au bailleur, il faut dire, non pas qu'il a le droit de revendiquer les effets du voyageur détournés, et volés en quelque sorte, il faut aller plus loin et lui permettre de saisir les effets du voyageur dès qu'ils ont été déplacés sans son consentement, quand même il n'y aurait aucune mauvaise foi; et personne n'admet une pareille doctrine.

En définitive, l'aubergiste n'a point le droit de revendication de l'article 2279, parce qu'il n'est pas propriétaire, et il n'a pas le droit de suite de l'article 2102, 1° (loi hyp., art. 20, 1°), parce que la loi ne le lui donne pas (3).

511. L'aubergiste a-t-il le droit de rétention? Il y a quelque doute, à notre avis. La coutume de Paris accordait expressément le droit de rétention à l'aubergiste; les auteurs du code ont reproduit la disposition de la coutume de Paris, sans mentionner le droit de rétention. La difficulté est donc celle-ci : peut-on admettre le droit de rétention sans texte et par voie d'analogie? Cette question aussi est douteuse. Nous avons enseigné que le droit de réten-

(1) Valette, *Priviléges*, p. 88, 3°. Pont, t. I, p. 146, n° 167. Martou, t. II, p. 158. n° 506.
(2) Mourlon, *Examen critique*, t. I, p. 446, n° 144.
(3) Aubry et Rau, t. III, p. 101, note 78, § 261.

tion n'existe que dans les cas où la loi l'accorde (n° 293). L'opinion contraire est généralement suivie. On admet aussi que l'aubergiste a le droit de rétention, comme garantie de son privilége. Il n'est pas exact de dire que cette garantie soit une nécessité, et que sans le droit de rétention le privilége serait illusoire; en effet, l'aubergiste peut agir immédiatement contre le voyageur et se prévaloir alors de son privilége contre les autres créanciers, quand il y a concours. En réalité, le droit de rétention est un droit différent du privilége : celui-ci ne s'exerce que dans le cas d'insolvabilité du débiteur, tandis que le droit de rétention est un moyen de le forcer à payer sans qu'il soit insolvable. Donc on ne peut pas induire le droit de rétention comme conséquence du privilége. Il y a seulement des motifs d'analogie; le créancier gagiste a le droit de rétention et le dépositaire l'a; or, l'aubergiste a un gage tacite, et la loi le considère comme dépositaire nécessaire (1). L'analogie est incontestable; toutefois il reste un doute à raison du caractère exceptionnel du droit de rétention.

§ VI. *Des frais de voiture.*

512. La loi accorde un privilége au voiturier pour frais de voiture et dépenses accessoires (art. 20, 7°, code civil, art. 2102, 6°). Quel est le fondement de ce privilége? On comprend le voiturier parmi les créanciers appelés gagistes, parce qu'ils ont un gage tacite sur les effets mobiliers qu'ils détiennent et qui forment leur seule garantie, la nécessité de leur condition les obligeant de traiter avec des personnes qu'ils ne connaissent pas. Le voiturier, sous ce rapport, est dans la même position que l'aubergiste; il rend aussi service à la société, puisqu'il est l'agent des relations commerciales. Enfin sa créance profite aux autres créanciers, puisqu'il transporte les marchandises dans les lieux où elles doivent être vendues, la valeur en est augmentée par le transport : c'est un profit pour la masse, et il est

(1) Martou, t. II, p. 160, n° 508. Pont, t. I, p. 145, n° 167.

juste qu'elle en tienne compte à celui qui le lui procure (1).

513. Qu'entend-on par voituriers dans l'article 20? Les voituriers sont ceux qui, par profession, se chargent des transports par terre ou par eau : telle est l'acception ordinaire du mot. Dans la matière des priviléges, il faut l'étendre à ceux qui font accidentellement un transport à titre onéreux ; ils ont une créance, pour le payement de laquelle ils comptent sur la valeur des choses qu'ils transportent. C'est donc la convention de transport qui est le fondement du privilége, et cette convention doit intervenir entre le voiturier et l'expéditeur ou destinataire.

De là suit que ceux qui louent leurs chevaux au batelier pour haler le bateau ne sont pas des voituriers et ne jouissent par conséquent pas du privilége des frais de voiture. Ils n'ont d'action directe que contre le batelier avec lequel ils ont traité, et ils n'ont contre le propriétaire des marchandises que l'action indirecte qui appartient aux créanciers en vertu de l'article 1166, action dont le bénéfice se partage entre tous les créanciers (2). Il en serait de même si des bateaux ou des équipages étaient loués au commissionnaire chargé du transport; ce dernier seul a le privilége, parce que c'est lui le voiturier; le propriétaire des bateaux et des équipages est un simple locateur (3).

514. Pour quelles créances le voiturier a-t-il un privilége? Aux termes de l'article 20 (code civil, art. 2102, 6°), le privilége est accordé pour les frais de voiture et dépenses accessoires. Ces dépenses accessoires sont les réparations devenues nécessaires pendant le transport, par exemple les réparations faites aux tonneaux contenant des vins ou autres liqueurs; tels sont encore les droits de douane, de transit ou d'octroi (4).

515. Quelle est la condition requise pour l'existence du privilége? La question est de savoir si le privilége est attaché à la possession, de sorte qu'il cesse dès que le voiturier a fait la remise de la chose au destinataire. Sous

(1) Martou, *Commentaire*. t. II, p. 161, n° 509.
(2) Nîmes, 12 août 1812 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 397).
(3) Bordeaux, 16 mars 1857 (Dalloz, 1859, 5, 308, n° 14).
(4) Duranton, t. XIX, p. 188, n° 133.

l'empire du code civil, il y avait controverse; la loi belge la décide conformément aux vrais principes. En général, la possession est de l'essence de tout privilége basé sur un gage exprès ou tacite. La loi dispose en conséquence que le privilége existe pendant que le voiturier en est saisi. Toutefois le voiturier est dans une situation spéciale; il est obligé de remettre la chose voiturée au destinataire afin que celui-ci vérifie si elle est arrivée en bon état, ou constate les avaries s'il y a lieu; avant cette vérification, il n'est pas d'usage de payer les frais de voiture. La loi a tenu compte de ces nécessités : elle dispose que le privilége subsiste pendant les vingt-quatre heures qui suivront la remise au propriétaire ou au destinataire. Reste une difficulté : pendant ces vingt-quatre heures, le propriétaire ou le destinataire pourront disposer de la chose, l'aliéner; que devient alors le privilége du voiturier? Il s'éteint. Le voiturier n'a pas le droit de suite, pas plus que les autres créanciers privilégiés sur des effets mobiliers; la conservation du privilége, comme la loi le dit, est attachée à la possession du débiteur; dès que celui-ci cesse de posséder, le privilége s'éteint (1).

516. Du principe que le privilége est attaché à la possession, suit que le voiturier qui fait plusieurs transports pour le même débiteur ne peut exercer son droit de préférence sur les marchandises que pour les frais du transport de ces marchandises; s'il n'exerce pas son privilége dans les vingt-quatre heures, son droit est éteint; le nouveau transport qu'il fera ne lui donnera de privilége que pour la créance qui en naîtra, mais il ne pourra pas réclamer ce qui lui reste dû des précédents transports sur les marchandises qui font l'objet de la dernière expédition. On applique au voiturier ce que nous avons dit de l'aubergiste (n° 509) : le privilége ne s'étend pas d'un transport à l'autre, comme il ne s'étend pas d'un voyage à l'autre (2).

Toutefois le voiturier se trouve dans une position spé-

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 35). Rapport de Lelièvre (Parent, p. 123).

(2) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. III, p. 163, note 82, § 261. Lelièvre, Rapport (Parent, p. 123).

ciale. S'il fait un marché pour le transport d'une quantité déterminée de marchandises, avec faculté de l'exécuter successivement, les dernières marchandises qu'il transportera seront grevées du privilége pour la sûreté de toute sa créance : c'est une conséquence de l'indivisibilité du privilége; toutes les marchandises et chaque partie de marchandises sont affectées à la créance totale du voiturier, car il n'y a qu'une créance et un seul privilége. Il en serait autrement si le voiturier faisait pour le même expéditeur différents transports de marchandises; il y a, dans ce cas, autant de créances que de transports, et autant de priviléges différents que de créances; les priviléges s'éteindront à chaque remise des effets voiturés; les marchandises transportées en dernier lieu ne répondront que des frais de voiture du dernier transport.

Cela a été jugé ainsi par un excellent arrêt de la cour de Rouen. L'administration du chemin de fer de Paris à Rouen s'était engagée à transporter, chaque année, cinq à six mille tonneaux de pierre de granit, à raison de dix francs par tonneau de 1,000 kilogrammes. Pendant le cours du traité, l'expéditeur tomba en faillite; il restait dû à la compagnie une somme de 2,651 francs; elle prétendit avoir un privilége de ce chef sur les granits qui lui avaient été remis en dernier lieu; ces prétentions ne furent pas accueillies. La cour de Rouen admet que le privilége existe, pour tous les frais de la chose voiturée, sur une partie seulement de cette chose restée aux mains du voiturier, par application du principe que le privilége étant indivisible frappe toutes les marchandises transportées, chacune d'elles et chaque partie du chargement. Mais le voiturier ne peut jamais réclamer le privilége sur la marchandise qu'en tant qu'elle fasse partie du chargement qui lui est confié. Or, dans l'espèce, il ne s'agissait pas du transport d'une quantité déterminée de marchandises. Le transport avait lieu successivement, et chaque fois pour des quantités différentes. Ce qui prouve que chaque transport formait une créance différente, c'est que la compagnie délivrait une lettre de voiture pour chaque voyage. Vainement la compagnie invoquait-elle la convention qui réglait les

conditions du transport pour toutes les expéditions qui se feraient. La cour répond que cette convention avait seulement réglé le prix du transport pour un certain nombre d'années; mais il n'y avait pas de convention pour une certaine partie de granit mise à la disposition actuelle de l'administration; c'était l'expéditeur qui réglait d'après ses convenances la quantité de marchandises qui devait être transportée par chaque convoi. Il n'y avait donc pas de convention unique pour un transport unique, que l'administration aurait pu faire successivement; il y avait un accord sur le prix et la quantité à transporter annuellement, de sorte que chaque transport engendrait une créance au profit de l'administration, et par conséquent un privilége; mais ce privilége ne garantissait que les frais de voiture de chaque convoi et s'éteignait avec la remise des marchandises au destinataire. Au lieu d'exercer son privilége pour chaque transport, la compagnie ouvrit un crédit à l'expéditeur; c'est dire que sa créance devenait une créance ordinaire, pour laquelle elle venait à contribution avec les autres créanciers; la seule créance qui restât privilégiée était celle des derniers transports, la compagnie étant encore en possession des granits. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1).

§ VII. *Des créances pour abus et prévarications.*

517. L'article 20, n° 8 (code civil, art. 2102, 7°) porte : « Sont privilégiées les créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions, sur les fonds de leur cautionnement et sur les intérêts qui en peuvent être échus. » Il y a des fonctionnaires publics ou officiers ministériels qui doivent fournir un cautionnement pour la garantie des particuliers forcés de recourir à leur ministère. Quels sont les officiers ou fonctionnaires tenus de fournir un cautionne-

(1) Rouen, 5 juin 1847, et Rejet, 13 février 1849 (Dalloz, 1849, 2, 135, et 1849, 1, 156).

ment? On croirait que sur ce point il ne peut y avoir d'incertitude, puisqu'il faut une loi pour que le cautionnement soit obligatoire. Il y a des lois; on ne les exécute pas, et l'on ne sait si elles sont encore en vigueur (1).

Les conservateurs des hypothèques doivent fournir un cautionnement, lequel est affecté spécialement à leur responsabilité (loi du 21 ventôse an VII, art. 8). Nous reviendrons sur cette responsabilité en expliquant le chapitre de la loi hypothécaire où il en est traité.

D'après la loi du 25 ventôse an XI (art. 33) les notaires sont aussi tenus de fournir un cautionnement, affecté à la garantie des condamnations prononcées contre eux par suite de l'exercice de leurs fonctions. Un arrêté du prince souverain des Pays-Bas du 27 juillet 1814 dispense les notaires de cette obligation : il a été rendu pour les provinces septentrionales, et n'ayant pas été publié en Belgique, il n'y a jamais eu force obligatoire. Il est vrai qu'un arrêté du roi des Pays-Bas du 19 juin 1816 étendait la dispense aux provinces méridionales; mais lors de la publication de cet arrêté, le roi n'avait plus d'autres pouvoirs que ceux que lui donnait la loi fondamentale, et elle ne lui donnait certes pas le droit d'abroger les lois. L'arrêté est donc illégal et nul. Toutefois on l'observe. C'est une malheureuse innovation : il faudrait plutôt donner de nouvelles garanties aux parties intéressées que de leur enlever celles que la loi leur accordait.

Les avoués, les huissiers et les greffiers étaient également obligés de fournir un cautionnement (loi du 27 ventôse an VIII). Cette obligation n'est pas remplie. On prétend que les avoués ayant été soumis à un droit de patente (loi du 11 février 1816) étaient par cela seul exemptés du cautionnement. Cela n'a pas de sens : est-ce que la patente offre une garantie aux plaideurs contre les avoués qui se rendent coupables d'abus et de prévarications? Quant aux huissiers et aux greffiers, nous ignorons sous quel prétexte ils se sont soustraits à une obligation légale qui n'a jamais été rapportée, à notre connaissance. L'illégalité est une voie

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 165, n° 515.

dangereuse; une fois que l'on y est engagé, il n'y a plus de limite à laquelle on doive s'arrêter.

Les agents de change et les courtiers de commerce étaient tenus de fournir un cautionnement, en vertu de la loi du 28 ventôse an IX. Ils ont cessé d'être des officiers publics; la loi les déclare, à la vérité, responsables : c'est le droit commun des articles 1382 et 1383, et ceux qui traitent avec eux n'ont pas de garantie spéciale (loi du 30 décembre 1867).

Les comptables des administrations publiques sont encore tenus de fournir un cautionnement. La loi du 6 ventôse an XIII a déclaré applicables aux receveurs et autres comptables publics ou préposés des administrations les dispositions qui régissent les cautionnements fournis par les fonctionnaires et officiers que la loi assujettit à cette garantie.

518. La loi hypothécaire affecte le cautionnement par privilége aux créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. Il suit de là que le privilége pour abus et prévarications n'existe pas pour toutes les créances que des particuliers pourraient avoir contre des fonctionnaires assujettis au cautionnement. La loi a voulu garantir les tiers du préjudice que leur causent ces fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, parce qu'ils sont forcés de s'adresser à eux : c'est ce que l'on appelle *faits de charge*. Si le fait à raison duquel un fonctionnaire encourt des dommages-intérêts est étranger à leur fonction, il est d'évidence que la partie lésée n'aura pas de privilége; elle ne peut invoquer ni le texte ni l'esprit de la loi. Il y a plus : quand même le fonctionnaire aurait agi comme tel, mais non dans l'exercice de ses fonctions, en commettant un acte illégal, il n'y aurait pas lieu au privilége; on ne peut pas dire que cet acte ait été commis dans l'exercice de ses fonctions, les fonctions publiques ne consistant pas à faire des choses illégales. Cela paraît choquant, à première vue; la partie lésée a une garantie contre la négligence du fonctionnaire, elle n'en a pas contre la forfaiture, quand il abuse de sa qualité de fonctionnaire pour

tromper des personnes ignorantes. Cependant cette distinction s'explique : la loi n'a entendu privilégier que les créances auxquelles donnent lieu les actes pour lesquels les particuliers sont obligés de recourir aux fonctionnaires que la loi investit exclusivement d'une partie de la juridiction volontaire. Quand le fonctionnaire fait un acte en dehors de ses fonctions, les tiers qui s'adressent à lui sont eux-mêmes coupables d'imprudence ; ils ne peuvent pas dire qu'ils étaient forcés de recourir au fonctionnaire qui les a trompés, car ils devaient savoir que ce fonctionnaire n'avait pas le droit de faire ce qu'il a fait. Sans doute la loi aurait pu, et peut-être aurait-elle dû étendre le privilége aux dommages-intérêts dus pour actes illégaux ; mais elle l'a limité aux actes légaux, d'où résulte un dommage, et, en matière de priviléges, tout est de la plus stricte interprétation (1).

519. Sur quoi le privilége s'exerce-t-il ? Il porte sur le fonds du cautionnement et sur les intérêts qui peuvent en être dus. Les sommes que le fonctionnaire doit verser à titre de cautionnement sont déposées à la caisse des consignations, qui en sert l'intérêt au taux fixé par la loi. Le cautionnement est donc un gage réel, dont le trésor public est le détenteur dans l'intérêt des tiers.

520. Le cautionnement est encore affecté à un privilége qui vient en second ordre, au profit des bailleurs de fonds qui ont fourni les deniers au fonctionnaire ; ils ont avancé leurs capitaux pour une destination spéciale et d'intérêt public ; il est donc juste que le cautionnement leur serve de gage pour leur remboursement (loi du 25 nivôse an XIII (2).

ARTICLE 3. Du rang des priviléges mobiliers en cas de concours entre eux.

521. Le code Napoléon se borne à régler le rang des priviléges généraux sur les meubles, quand il y a concours

(1) Pont, t. I, p. 149, n° 171. Aubry et Rau, t. III, p. 167, note 87, § 261. Comparez Alger, 24 mai 1858 et Rejet, 25 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 1, 221).
(2) Pont, t. I, p. 151, n° 174. Martou, t. II, p. 168, n° 517.

de plusieurs de ces créances (art. 2101). Il contient seulement deux dispositions particulières sur le rang des privilèges qui grèvent certains meubles (art. 2102, n° 2 et n° 4). Le code n'établissait aucune règle sur le conflit des privilèges généraux et des privilèges spéciaux. De là de longues et vives controverses. Sur la dernière question notamment, il y avait une grande diversité d'opinions. Fallait-il donner la préférence aux privilèges généraux, à raison de leur généralité? ou fallait-il donner la préférence aux privilèges spéciaux, à raison de leur spécialité? Enfin ne devait-on accorder la préférence ni aux uns ni aux autres et décider la difficulté dans chaque espèce, en se fondant sur la qualité de la créance? Chacun de ces systèmes avait ses partisans. Le dernier semblait consacré par la loi, puisque l'article 2096 porte : « Entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges. » Mais comment apprécier ces qualités? Le législateur aurait dû le faire, car c'est lui qui détermine la qualité à raison de laquelle une créance est privilégiée. Mais le code gardait le silence sur la qualité relative des privilèges généraux et des privilèges spéciaux; il ne disait rien non plus sur le rang des privilèges spéciaux quand ils concourent entre eux. Dans le silence de la loi, le juge devait estimer les privilèges d'après leur cause; mais le législateur ne lui traçant aucune règle, il en résultait l'incertitude et l'arbitraire.

La loi nouvelle a comblé la lacune. Après avoir rappelé les deux opinions qui divisaient la jurisprudence en ce qui concerne le rang des privilèges généraux et des privilèges spéciaux, la commission spéciale dit dans son rapport : « La commission n'a adopté d'une manière absolue ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes. Il est impossible de décider la question de préférence par la seule considération soit de la généralité des uns, soit de la spécialité des autres, puisque ces qualités ne sont pas la conséquence du degré de faveur que la loi attache à ces deux classes de privilèges, mais le résultat de la nature même des créances à raison desquelles ils sont établis. Ces qualités ne peuvent donc avoir aucune influence sur leur rang, lequel ne doit

se déterminer que d'après le caractère plus ou moins favorable de la créance et non pas d'après la généralité ou la spécialité des priviléges. C'est ce qui a déterminé la commission à donner la préférence, en cas de concours de priviléges mobiliers, tantôt aux priviléges généraux et tantôt aux priviléges spéciaux. »

La loi nouvelle a basé le rang des priviléges sur leur qualité, abstraction faite de leur généralité ou de leur spécialité. Toutefois ce principe a reçu une notable restriction. Après avoir réglé le rang relatif des priviléges généraux et des priviléges spéciaux, la loi ajoute (art. 26) : « Les autres priviléges généraux sont primés par les priviléges spéciaux. » Ainsi la loi belge admet, dans une certaine limite, la préférence des priviléges spéciaux sur les priviléges généraux. Quelle en est la raison? On suppose qu'il n'y a pas de motif pour donner la préférence à certains priviléges généraux sur les priviléges spéciaux; dans ce cas, les priviléges spéciaux l'emportent à raison de leur spécialité. La préférence se justifie par cette considération que le privilége spécial est une exception que la loi apporte à la règle des priviléges généraux; ceux-ci grèvent tout le mobilier, à l'exception des meubles affectés à certaines créances. C'est un argument logique, qui n'est pas sans valeur; mais on aurait tort de lui accorder une valeur absolue. Nous reviendrons sur la disposition de l'article 26, qui a été critiquée par tous les interprètes de la loi hypothécaire, précisément parce qu'elle tranche en termes trop absolus une difficulté qui ne peut guère être décidée que dans chaque espèce particulière.

§ Ier. *Du rang des priviléges généraux entre eux.*

522. Les créances privilégiées sur la généralité des meubles s'exercent dans l'ordre déterminé par l'article 19 (code civil, art. 2101). Plusieurs créanciers peuvent se trouver dans le même rang, par exemple les divers créanciers qui ont droit à un privilége pour frais de dernière maladie ou pour fournitures de subsistance. On applique,

dans ce cas, l'article 14, aux termes duquel les créanciers privilégiés qui ont le même rang sont payés par concurrence. Nous reviendrons sur cette disposition.

523. Il y a un privilége général qui prime non-seulement les autres priviléges généraux, mais encore les priviléges spéciaux, et même, comme nous le dirons plus loin, les priviléges sur les immeubles, ce sont les frais de justice, mais la préférence n'est pas absolue; l'article 21, qui donne le premier rang à ce privilége, y apporte en même temps une restriction : « Les frais de justice priment toutes les créances dans l'intérêt desquelles ils ont été faits ». Cette préférence découle du principe établi par l'article 17, qui porte : « Les frais de justice sont privilégiés sur les meubles et les immeubles à l'égard de tous les créanciers dans l'intérêt desquels ils ont été faits. » Quelle est la raison de cette préférence? Les frais de justice sont des frais nécessaires, que les créanciers doivent faire et qu'ils doivent, par conséquent, supporter. Cette raison s'applique aux créanciers privilégiés aussi bien qu'aux créanciers chirographaires, car les premiers doivent aussi faire des frais pour conserver leur privilége, pour le liquider et pour en toucher la valeur; donc les frais de justice doivent primer les priviléges dans l'intérêt desquels ils sont faits. Cette préférence, par sa nature, n'est pas absolue; il y a des frais de justice qui profitent à certains créanciers et qui ne profitent pas aux autres, ils primeront les premiers et ils ne primeront pas les seconds. Le rang est relatif, puisque la cause du rang est relative. Ce que nous avons dit de la cause du privilége des frais de justice s'applique donc au rang que la loi lui assigne.

§ II. *Concours de priviléges généraux avec les priviléges sur certains meubles.*

524. « Les frais faits pour la conservation de la chose priment les priviléges antérieurs » (art. 22). Quelle est la raison de cette préférence? Les frais de conservation sont une dépense nécessaire, sans laquelle les objets grevés des

priviléges antérieurs auraient péri; c'est grâce à ces frais que les créanciers antérieurs peuvent exercer leur privilége; il est juste qu'ils supportent une dépense qui a conservé leur droit, c'est-à-dire que leur privilége soit primé par celui des frais de conservation (1). Ce privilége mérite donc le premier rang; mais c'est un rang relatif, comme la cause qui le détermine; les frais de conservation sont étrangers aux créanciers dont le privilége ne porte pas sur les meubles qui ont été conservés; donc ils ne peuvent être primés par le créancier des frais de conservation. Quels sont donc les créanciers qui sont primés par le privilége de ces frais? Les créanciers privilégiés sur la généralité des meubles, car leur droit de préférence s'étend nécessairement aux meubles conservés; et les créanciers privilégiés spécialement sur les objets mobiliers qui ont été conservés par le créancier des dépenses nécessaires. Tels sont les créanciers gagistes, les bailleurs, aubergistes et voituriers. Il n'y a plus à distinguer, comme on le faisait sous l'empire du code civil, si le créancier antérieur a connu ou ignoré les dépenses de conservation; le législateur aurait peut-être bien fait d'exiger que le créancier de ces frais en avertît le bailleur, par exemple, pour que celui-ci pût stipuler de nouvelles garanties, mais il ne l'a pas fait; et, considérée en elle-même, la créance des frais de conservation mérite la faveur que la loi lui accorde (2).

525. En disant que les frais de conservation priment les priviléges antérieurs, la loi dit implicitement qu'ils ne priment pas les priviléges postérieurs. C'est un argument *a contrario*, il est vrai, qui, par lui-même, n'a pas grande valeur; mais ici il s'appuie sur les principes, tels qu'ils étaient admis sous l'empire du code civil. Si le conservateur prime les priviléges antérieurs, c'est qu'il a agi dans leur intérêt; or, on ne peut pas dire de l'ouvrier qui fait des dépenses nécessaires sur un meuble, qu'il conserve les priviléges qui prennent naissance plus tard, car il est impossible de conserver des droits qui n'existent point. La

(1) D'Anethan, Rapport au sénat (Parent, p. 407).
(2) Martou la critique (t. II, p. 175, nº 522). Comparez Valette, p. 156, nº 116.

rédaction primitive de l'article 22 marquait cette différence entre les priviléges antérieurs et les priviléges postérieurs; il était ainsi conçu : « Ceux qui ont fait des frais pour la conservation de la chose *n'ont de préférence que sur les créanciers qui avaient sur cette chose un droit de privilége antérieur*. » La rédaction actuelle exprime la même idée, et telle a aussi été la pensée des auteurs de la loi. On lit dans le rapport de M. d'Anethan au sénat : « Si, après que la chose a été conservée, d'autres priviléges sont créés, ces créanciers nouveaux ne doivent pas voir leurs droits réduits par le payement privilégié de frais antérieurs qu'ils ont pu ignorer (1). »

526. Si le privilége des frais de conservation ne prime pas les priviléges postérieurs, en faut-il conclure que ceux-ci le priment? On pourrait le dire en argumentant *a contrario* de l'article 22 que nous venons d'expliquer. L'argumentation serait mauvaise, car elle est en opposition avec le texte même de l'article 22, dont le deuxième alinéa porte que les frais de conservation priment toujours certains priviléges généraux. Il n'y a donc pas, sur ce point, de règle absolue. Il faut d'abord distinguer si les frais de conservation sont en conflit avec des priviléges spéciaux, ou s'ils sont en concours avec des priviléges généraux.

L'ouvrier qui a fait des travaux nécessaires peut se trouver en conflit avec le créancier gagiste, le bailleur, l'aubergiste ou le voiturier. A qui appartiendra la préférence? Aux créanciers gagistes. Nous dirons plus loin qu'ils priment le vendeur, et même les frais funéraires, le plus favorable des priviléges. A plus forte raison doivent-ils primer le créancier des frais de conservation; cette préférence tient à la nature de leur droit; ils n'ont traité que sous la condition d'une garantie spéciale, ils doivent donc jouir de cette garantie tout entière. Toutefois il faut y apporter une restriction. Si les gagistes priment le vendeur, c'est sous la condition qu'ils soient de bonne foi. Il en doit être de même quand ils sont en conflit avec l'ouvrier; il

(1) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 407). Comparez Troplong, n° 62.

faut qu'ils aient ignoré le privilége des frais de conservation au moment où leur gage a pris naissance. Le rapport de la commission du sénat que nous avons cité (n° 525) confirme cette interprétation, car il suppose que les créanciers postérieurs aux frais de conservation peuvent ignorer l'existence de ce privilége; s'ils le connaissent, ils ne peuvent plus compter sur l'entière valeur d'une chose qui est déjà grevée d'un privilége; donc ils doivent subir le privilége antérieur (1).

L'ouvrier qui a fait des travaux nécessaires peut aussi être en concours avec des priviléges généraux postérieurs. Sur cette hypothèse, nous avons un texte; le deuxième alinéa de l'article 22 porte que les frais de conservation priment, *dans tous les cas*, les priviléges compris dans les trois derniers numéros de l'article 19; ainsi les frais de dernière maladie, les salaires des domestiques, commis et ouvriers et les fournitures de subsistances sont toujours primés par les frais de conservation, alors même que ceux-ci ont été faits avant que ces priviléges généraux fussent nés. On a critiqué cette préférence absolue; parmi les priviléges généraux qui se voient primés par les frais de conservation se trouvent les fournitures de subsistances et les frais de dernière maladie : peut-il y avoir un privilége plus favorable? C'est aussi un privilége de conservation, car il conserve la vie du débiteur; et celui qui conserve la vie du débiteur ne mérite-t-il pas plus de faveur que celui qui conserve un meuble (2)?

Les autres priviléges généraux qui sont postérieurs aux frais de conservation sont les frais funéraires et les frais de justice. Quant aux frais de justice, ils priment le privilége de conservation, s'ils ont été faits dans l'intérêt de ce privilége; et les frais funéraires priment tous les autres priviléges, comme nous le dirons plus loin (art. 25) (3).

527. Le privilége des frais funéraires, dit l'article 25, l'emporte sur tous les autres priviléges. Cette préférence s'explique par la cause de la créance privilégiée; c'est le

(1) Martou, t. II, p. 176, n° 522. Comparez Cloes, t. I, p. 357, n° 617.
(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 177, n° 527.
(3) Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 357, n° 618.

seul privilége qui soit établi dans l'intérêt public, et l'intérêt de la société doit l'emporter sur celui des particuliers. Mais cette préférence n'est juste que lorsque les frais funéraires ne dépassent pas la nécessité sociale qui leur a fait accorder un privilége (nos 357 et 360).

La préférence accordée au privilége des frais funéraires n'est pas aussi absolue qu'elle le paraît; l'article 25 y apporte plusieurs restrictions, de sorte que la nature des créances avec lesquelles les frais funéraires concourent exerce une influence sur le rang de ce privilége, comme elle influe sur le rang de toutes les créances privilégiées. D'abord les frais funéraires sont primés par les frais de justice; préférence très-légitime, puisque l'on suppose que les frais de justice ont été faits dans l'intérêt du créancier des frais funéraires. En second lieu, les frais funéraires sont primés par les frais faits postérieurement pour la conservation de la chose; c'est l'application de la règle générale établie par l'article 22 (n° 524). Enfin, les frais funéraires sont encore primés par les priviléges de l'aubergiste, du voiturier et du créancier gagiste; la raison en est que le gage exprès ou tacite sur lequel reposent ces priviléges doit leur assurer une garantie complète, sinon les créanciers seraient trompés, car ils ont traité et dû traiter sur la foi de cette garantie spéciale. La loi ne nomme pas, parmi les créanciers que l'on appelle gagistes, le bailleur dont le privilége est également fondé sur un gage tacite. Y a-t-il une raison de cette apparente anomalie? Le bailleur a un privilége beaucoup ples étendu que celui des autres créanciers gagistes; c'est presque un privilége général, puisqu'il porte sur tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme; tandis que le privilége du créancier gagiste est limité à l'objet remis en gage, objet dont la valeur est d'ordinaire en rapport avec le montant de la créance; de sorte que le créancier serait en perte s'il se voyait primé par les frais funéraires. Il y a une considération analogue en faveur des aubergistes et voituriers, dont le gage est aussi limité à certains objets. Le gage du bailleur, au contraire, dépasse ordinairement le montant de sa créance; la loi pouvait donc, sans injustice, lui préférer les frais funé-

raires, toujours en supposant que ces frais ne dépassent point ce qui est exigé par les nécessités sociales (1).

La loi apporte une exception à la disposition exceptionnelle que nous venons d'expliquer. Elle commence par établir comme règle que les frais funéraires priment tous les priviléges, puis viennent trois exceptions à la règle. La troisième donne la préférence aux créanciers gagistes sur les frais funéraires; toutefois avec cette restriction : « En tant que ceux-ci ne sont pas primés par le vendeur de l'objet donné en gage. » Le vendeur prime les gagistes lorsque ceux-ci savaient, en recevant la chose, que le prix en était encore dû. Or, les frais funéraires l'emportent toujours sur le vendeur; primant le vendeur, qui prime les gagistes, ils devaient aussi primer les gagistes. C'est l'application du vieil adage : *Qui vincit vincentem te, te quoque vincit.* Le créancier des frais funéraires fait ce raisonnement : Je l'emporte sur le vendeur, lequel prime les gagistes; donc je dois l'emporter sur les gagistes.

§ III. *Du concours des priviléges spéciaux entre eux.*

528. La loi ne prévoit pas tous les cas possibles de concours entre les priviléges spéciaux. Ces priviléges sont au nombre de huit; à ne consulter que ce chiffre, il pourrait se présenter de nombreux conflits entre les créanciers privilégiés sur certains meubles. Mais, ces conflits ne se présentant guère dans la vie réelle, il était inutile de les prévoir, il suffisait de régler les concours usuels; les dispositions que la loi contient sur certains cas serviront au juge d'argument analogique pour décider des difficultés très-rares que la loi n'a pas prévues.

529. « Le créancier gagiste, l'aubergiste et le voiturier sont préférés au vendeur de l'objet mobilier qui leur sert de gage, à moins qu'ils n'aient su, en le recevant, que le prix en était encore dû. » Nous avons déjà dit quelle est la

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 188, n° 542.

raison de la faveur que la loi témoigne aux créanciers appelés gagistes (n° 527). Ils l'emportent même sur le propriétaire, puisque leur privilége porte sur des objets qui n'appartiennent pas au débiteur; il suffit que le débiteur les possède pour qu'ils soient frappés du privilége des gagistes, lequel se fonde sur la possession. Possédant les choses qui leur servent de gage, ils sont à l'abri de la revendication du propriétaire, par application du principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Par identité de raison, ils doivent être à l'abri de l'action d'un créancier privilégié, tel que le vendeur, le privilége ne pouvant pas avoir plus d'effet que la propriété.

On a prétendu que le conflit entre le vendeur et les créanciers gagistes était impossible. En effet, dit Troplong, pour que le vendeur ait un privilége, il faut que l'acheteur possède la chose; or, si l'acheteur la donne en gage, c'est le gagiste qui la possède; donc le vendeur n'a plus son privilége; partant, il ne saurait y avoir de concours entre lui et les gagistes. Nous avons répondu d'avance à l'objection. L'acheteur qui donne la chose en gage ne perd pas la possession, il continue à posséder comme propriétaire; ce qui n'empêche pas le gagiste de posséder en vertu de son droit réel. Il y a donc deux possessions qui concourent; partant, il peut y avoir deux priviléges fondés chacun sur la possession. Notre loi le décide implicitement, car elle n'aurait pas réglé la préférence entre deux priviléges si les priviléges ne pouvaient pas concourir (1).

La préférence des gagistes sur le vendeur, fondée en droit, est aussi fondée en équité; le rapporteur de la commission du sénat en a fait la remarque : « Il est convenable, dit M. d'Anethan, de préférer le créancier gagiste, l'aubergiste et le voiturier au vendeur. Celui-ci a pu prendre des précautions que ne comporte pas la nature des opérations faites par ceux-là. » Quelles sont ces précautions que le vendeur peut prendre pour conserver son privilége contre les créanciers gagistes? L'article 23 met une condition à la préférence qu'il accorde aux gagistes sur le vendeur,

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 178, n° 528.

c'est qu'ils n'aient pas su, en recevant la chose, que le prix n'en était pas payé, c'est-à-dire qu'ils aient été de bonne foi. S'ils savaient que le prix en fût dû, ils seront primés par le vendeur, car alors ils sont de mauvaise foi; or, leur privilége, ainsi que le rang que la loi y attache, se fondent sur la possession de bonne foi qu'ils peuvent opposer à tout tiers agissant en vertu d'un droit réel, même au propriétaire. C'est l'application de la règle de l'article 2279, qui joue un si grand rôle dans la matière des priviléges mobiliers. Il résulte de là que le vendeur non payé a un moyen très-simple de sauvegarder son droit à l'égard des créanciers gagistes, c'est de leur faire connaître l'existence de son privilége.

Il ne faudrait pas conclure de là que le vendeur doit nécessairement faire connaître son privilége aux créanciers gagistes pour empêcher ceux-ci de le primer. La loi ne dit pas cela; il suffit, d'après le texte, que les gagistes aient su que le prix de la chose qui leur est donnée en gage était encore dû, pour qu'ils ne puissent pas opposer leur privilége au vendeur. La loi ne dit pas comment ils doivent acquérir la connaissance de ce fait; partant, il suffit qu'ils l'apprennent par une voie quelconque. Reste la difficulté de preuve. C'est au vendeur qui réclame son privilége contre les créanciers gagistes de prouver que ceux-ci savaient que le prix de la chose était encore dû. Comment fera-t-il cette preuve? D'après le droit commun, puisque la loi n'y déroge point. Nous dirons plus loin quel est ce droit commun, en expliquant le deuxième alinéa de l'article 23.

On suppose que les créanciers gagistes ignoraient, en recevant la chose, que le prix en était encore dû; plus tard, ils l'apprennent, par exemple, par une notification du vendeur : conserveront-ils néanmoins leur privilége contre le vendeur? Le texte décide la question : les gagistes ne sont considérés comme étant de mauvaise foi que lorsqu'ils savaient, *en recevant la chose,* que le vendeur n'était pas payé. Si, à ce moment, ils étaient de bonne foi, leur privilége prend naissance, et, par suite, ils priment le vendeur. La notification que le vendeur leur ferait postérieu-

rement ne peut pas leur enlever un droit qui leur est acquis (n° 519).

530. « Le privilége du vendeur ne s'exerce qu'après celui du propriétaire de la maison ou de la ferme, à moins que, lors du transport des meubles dans les lieux loués, le vendeur n'ait fait connaître au bailleur que le prix n'en avait pas été payé » (art. 23). Pourquoi la loi donne-t-elle la préférence au bailleur sur le vendeur? Le motif juridique est le même que celui que nous avons donné pour justifier la préférence des créanciers gagistes (n° 529); on peut même dire que les deux hypothèses sont identiques, car le bailleur a un gage tacite aussi bien que l'aubergiste et le voiturier; le législateur aurait donc pu comprendre le deuxième alinéa dans le premier. Toutefois il a établi une différence qu'il est très-difficile d'expliquer, comme nous le dirons plus loin. Des considérations d'équité militent aussi en faveur du bailleur. Le rapporteur de la commission du sénat les a exposées : « Le vendeur, dit M. d'Anethan, ne peut conserver son privilége que si l'objet vendu est encore dans la possession du débiteur; la prudence lui commande donc de s'assurer de l'endroit où il se trouve déposé; et si cet objet est déposé dans une maison louée, la bonne foi veut qu'il avertisse le bailleur que l'objet n'est pas payé. Le bailleur, au contraire, n'a pas la même facilité pour rechercher si les meubles qui garnissent sa maison sont ou non payés; il est donc équitable que la loi lui vienne en aide (1). »

531. La préférence accordée au bailleur suppose qu'il est possesseur de bonne foi, car, au point de vue juridique, cette préférence est une conséquence de la règle qu'en fait de meubles, la possession vaut titre; et cette règle implique que celui qui invoque sa possession contre la propriété ou contre un droit réel soit de bonne foi. En principe, la bonne foi est une question de fait; il faudrait donc dire que le bailleur cesse d'être de bonne foi, de quelque manière qu'il ait appris que les meubles qui garnissent les lieux loués n'ont pas été payés. La loi paraît déroger à ce principe en

(1) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 407).

exigeant que, lors du transport des meubles dans les lieux loués, le *vendeur ait fait connaître au bailleur* que le prix n'en avait pas été payé. Faut-il conclure de là que le vendeur doit faire une notification au bailleur? La question est controversée. A notre avis, il y a deux difficultés dans l'application de l'article 23. D'abord il s'agit de savoir de quelle manière, par qui le bailleur a eu connaissance du fait que le vendeur n'est pas payé. Ensuite il s'agit de savoir comment le vendeur prouvera que le bailleur savait, lors du transport des meubles, que le prix en restait dû.

Quant à la première question, elle est décidée par le texte de la loi; elle exige bien expressément que le *vendeur ait fait connaître au bailleur* que les meubles transportés dans les lieux loués n'étaient pas payés. Il ne suffit donc pas que le bailleur l'ait appris par un tiers, c'est le vendeur à qui incombe l'obligation de porter ce fait à la connaissance du bailleur. Le rapport de la commission du sénat est conçu en ce sens (n° 530), et le rapporteur de la commission de la chambre des représentants est encore plus explicite; il exige que le vendeur fasse une notification au bailleur : sur ce point, nous faisons nos réserves. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que le législateur belge a emprunté au code civil la disposition de l'article 23, qui donne au bailleur la préférence sur le vendeur, mais il ne l'a reproduite qu'en la modifiant. L'article 2102, 4°, est ainsi conçu : « Le privilége du vendeur ne s'exerce toutefois qu'après celui du propriétaire de la maison ou de la ferme, à moins qu'il ne soit prouvé que le propriétaire *avait connaissance* que les meubles garnissant sa maison ou sa ferme n'appartenaient pas au locataire. » Ainsi le code civil se contentait du fait que le bailleur savait que le locataire n'était pas propriétaire; tandis que la loi hypothécaire veut que, lors du transport des meubles dans les lieux loués, le vendeur fasse connaître au bailleur que le prix en reste dû. Ce changement de rédaction est significatif, et concorde avec les explications données par les commissions des deux chambres.

Il nous paraît impossible, surtout dans la matière des priviléges, de s'écarter tout ensemble du texte de la loi et

des travaux préparatoires. Reste à savoir si la condition exigée par la loi a une raison d'être. Il est certain qu'en principe le simple fait que le bailleur sait que le prix des meubles reste dû devrait suffire ; nous renvoyons à ce qui a été dit sur le privilége du bailleur (n°s 421, suiv.). La loi elle-même applique le principe au concours du vendeur avec les gagistes ; elle n'exige pas que le vendeur donne connaissance de son privilége aux gagistes, il suffit que ceux-ci aient su, en recevant la chose, que le prix en était encore dû ; pourquoi la loi établit-elle, dans le deuxième alinéa, un principe différent de celui qu'elle suit dans le premier, alors que dans les deux dispositions il s'agit de créanciers gagistes ? Il y a une explication de cette apparente anomalie. Le vendeur peut savoir assez facilement si les meubles qu'il vend sont transportés dans une maison louée ; la loi peut donc exiger de lui qu'il avertisse le bailleur de l'existence de son privilége ; tandis que cela est plus difficile pour les effets du voyageur et pour ceux qui sont remis à un voiturier. C'est une considération de fait qui n'est pas sans valeur dans une matière gouvernée par l'équité. Du reste, que l'on admette ou non cette explication, toujours est-il que le texte est formel, et l'on ne peut s'écarter du texte quand il s'agit de priviléges.

Il faut ajouter que c'est lors du transport des meubles dans les lieux loués que le vendeur doit faire connaître au bailleur que le prix n'en est pas payé. Si, à ce moment, il garde le silence, le privilége du bailleur l'emportera sur celui du vendeur. Le texte est formel, et, en matière de priviléges, tout est de rigueur. Cela a été jugé ainsi dans une espèce où le vendeur s'était réservé la propriété jusqu'au payement du prix. Le vendeur se prévalait de la clause pour revendiquer l'objet vendu. C'était méconnaître le principe de l'article 2279, qui ne permet pas la revendication contre un possesseur de bonne foi (1).

532. Autre est la question de savoir comment le vendeur prouvera qu'il a donné connaissance au bailleur que

(1) Jugement du tribunal de Huy, du 6 avril 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 3, 193).

le prix des meubles n'était pas payé. Ici le droit commun reprend son empire. C'est au vendeur qu'incombe la preuve, puisqu'il réclame son privilége contre le bailleur. La loi ne dit pas comment cette preuve se fera; elle s'en rapporte par cela même aux principes généraux que le code a établis au titre des *Obligations*. La difficulté est de savoir si une notification est nécessaire. Non; et cela ne nous paraît pas même douteux. D'après le droit commun, la preuve des faits purs et simples peut se faire par témoins indéfiniment, quel que soit le montant pécuniaire du litige; tandis que les faits juridiques doivent se prouver par écrit dès que la chose est d'une valeur supérieure à 150 francs. Il faut donc voir, avant tout, si le fait que le bailleur a su ou non que le prix était dû est un fait juridique ou un fait matériel. En général, la bonne ou la mauvaise foi est un point de fait qui s'établit par témoins (n° 421). Dans le cas prévu par l'article 23, la bonne ou la mauvaise foi est un point de droit, puisque la loi dispose que le bailleur ne peut être constitué en mauvaise foi que par la connaissance que le vendeur lui donne du fait que le prix n'est pas payé. Il faut donc appliquer la règle de l'article 1341 : si la chose litigieuse est d'une valeur inférieure à 150 francs, le vendeur sera admis à prouver par témoins qu'il a fait connaître au bailleur que le prix restait dû : si la chose dépasse cette valeur, il devra en faire la preuve par écrit, en ce sens que les témoignages ne seront pas admis. Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles en faveur de cette opinion (1), et elle ne nous paraît pas douteuse.

Toutefois elle est controversée. On soutient qu'une notification est nécessaire, en se fondant sur les travaux préparatoires. En effet, le rapport de la commission de la chambre des représentants est formel. On y lit que c'est exclusivement dans le cas où il a été donné connaissance au bailleur, lors du transport des meubles dans les lieux loués, que le privilége du vendeur l'emporte sur celui du bailleur. Qui donnera connaissance de ce fait et dans quelle forme? Le rapporteur répond qu'il faut appliquer l'article 1813,

(1) Bruxelles, 31 janvier 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 245).

que nous érigeons en principe général, dit-il. M. Lelièvre cite, à l'appui de cette déclaration, la jurisprudence qui, sous le code civil, avait interprété en ce sens l'article 2102; il fait allusion à un arrêt de la cour de Bruxelles qui exige une preuve écrite résultant ou d'une notification ou d'une reconnaissance du bailleur (1). L'article 1813 est même plus exigeant, il veut une notification. Si cet article est érigé en loi, il faut dire que le vendeur devra faire une notification au bailleur, et que, à défaut de cette notification, le bailleur sera présumé de bonne foi, sans que le vendeur soit admis à la preuve contraire.

Cette interprétation a été vivement combattue par un excellent jurisconsulte (2). Martou va trop loin en disant que l'article 23 consacre le droit commun; nous avons établi qu'il y déroge (n° 531). Mais Martou a raison de dire qu'une notification n'est pas nécessaire pour que le vendeur soit préféré au bailleur. Il y a de cela une preuve invincible, c'est le texte de la loi. Martou a tort de faire appel aux principes; il ne s'agit pas de savoir ce que les principes veulent, il s'agit de savoir ce que le législateur veut; et si le législateur avait dit ce que dit le rapporteur de la commission, il faudrait se soumettre à sa décision, quand même elle serait contraire aux principes. Mais la loi ne dit pas ce qu'a dit M. Lelièvre; elle ne prescrit pas de notification, comme le fait l'article 1813; elle ne parle pas même de la preuve que le vendeur doit faire pour établir qu'il a fait connaître son privilége au bailleur, elle se borne à disposer que le vendeur doit donner connaissance au bailleur que les meubles ne sont pas payés; et l'interprète ne peut pas exiger ce que la loi n'exige point. Vainement dira-t-on qu'il faut interpréter la loi d'après les travaux préparatoires, nous répondons, ce que nous avons répondu bien des fois, que les rapports et les discours n'ont qu'une autorité de doctrine; l'erreur d'un rapporteur ou d'un orateur ne fait pas loi, à moins que la loi ne la consacre.

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 125). Delebecque, *Commentaire*, n°s 149-151. Cloes, t. I, p. 360, n°s 623 et suiv.
(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 179, n° 529.

533. Il reste une difficulté dans cette matière difficile, mais qui n'est difficile que parce que les interprètes ne restent pas attachés au texte. On demande si le vendeur peut revendiquer la chose vendue dans le cas où le bailleur est de bonne foi. Le vendeur a un privilége et un droit de revendication. Il ne peut exercer son privilége contre le bailleur de bonne foi : peut-il revendiquer malgré la bonne foi du bailleur? Dans l'opinion que nous avons enseignée sur le droit de revendication, la négative n'est point douteuse. La revendication du vendeur n'est pas une action réelle intentée en vertu du droit de propriété; c'est une saisie, un acte conservatoire que le vendeur exerce, quand il est en danger de perdre la chose et le prix, dans le but d'empêcher l'acheteur de revendre. Puisque la revendication n'est qu'une sanction du privilége, on ne conçoit point que le vendeur revendique alors qu'il ne pourrait exercer son privilége : la sanction ne peut pas dépasser le droit qu'elle est destinée à assurer. La question est cependant controversée (1). Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat, puisque, à notre avis, les principes sont certains.

534. « Les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année sont payées sur le prix de cette récolte par préférence au bailleur dans l'un et l'autre cas » (art. 24). Cette préférence tient à la cause même du privilége; le créancier des semences, des frais de récolte et des ustensiles a un privilége, parce qu'il a procuré la récolte; or, sans la récolte, le bailleur ne pourrait pas exercer son privilége sur les fruits; donc le premier privilége doit primer le second.

Les créanciers qui ont un privilége sur la récolte sont-ils aussi préférés aux créanciers hypothécaires qui exproprient le fonds alors que les fruits sont pendants? La cour de cassation s'est prononcée contre les créanciers priviléglés. Elle part du principe très-juste que les priviléges sont de droit étroit, et que les dispositions qui les concernent doivent être restreintes dans les termes exprès du texte. Or,

(1) Voyez, en sens divers, Martou et les autorités qu'il cite, t. II, p. 182, n° 530.

quel est le privilége dont jouissent les créanciers de semences et de frais de récolte? La loi le dit, c'est un privilége sur la récolte; donc un privilége mobilier qui ne peut être exercé que lorsque les fruits sont récoltés; ce privilége ne reçoit pas d'application sur les fruits pendants qui sont immeubles. Le concours que suppose l'article 2102 (loi hyp., art. 23) n'existe qu'entre le bailleur, créancier privilégié sur les meubles, et le fournisseur de semences et le créancier des frais de récolte, qui exercent également leur privilége sur des fruits récoltés. Or, quand les créanciers hypothécaires saisissent le fonds chargé de fruits pendants, le conflit existe entre une hypothèque, c'est-à-dire un droit immobilier, et des priviléges mobiliers. L'article 2102 (loi hyp., art. 23) est étranger à cette hypothèse; elle est régie par la loi sur la saisie. Et que dit le code de procédure? Au moment de la saisie, les fruits sont immeubles par leur nature (code civil, art. 520), et ils restent immeubles après avoir été détachés du sol (code de proc., art. 682). Dès lors les créanciers privilégiés sont sans droit (1).

Cette décision nous laisse un doute. La loi donne privilége au bailleur sur les fruits de la récolte de l'année; donc sur des fruits pendants, c'est-à-dire immeubles par leur nature (n° 528). Ce même privilége appartient aux créanciers des semences et des frais de récolte; la loi dit, il est vrai, qu'il porte sur le *prix de la récolte;* tandis que du bailleur elle dit que son privilége porte sur les *fruits;* mais, au fond, c'est dire la même chose, car tous les priviléges ne s'exercent que sur le prix provenant de la vente des biens du débiteur. On ne peut donc pas écarter les créanciers privilégiés sur la récolte, par le motif que leur droit ne peut être réclamé sur des immeubles. D'un autre côté, le code de procédure ne déclare pas les fruits immobilisés pour écarter les créanciers privilégiés; il suppose que les créanciers hypothécaires sont en concours avec des créanciers chirographaires : les fruits seront vendus, dit la loi du 15 août 1854 (art. 22), et le prix sera déposé à la caisse des dépôts et consignations, pour être distribué avec

(1) Rejet, 11 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 119).

le prix des immeubles par *ordre d'hypothèques*. Y a-t-il lieu à cette distribution entre les créanciers hypothécaires quand les fruits pendants sont affectés par privilége au profit du propriétaire et des créanciers des semences et des frais de récolte? Cela nous paraît douteux.

535. Les frais de semences et de labour ont encore donné lieu à une autre difficulté. Un bail à ferme est résilié. Le bailleur s'appropria la récolte pendante pour se payer de ses loyers; il prétendit écarter le créancier des semences et des frais de labour, en disant qu'il était débiteur de ces frais envers son fermier et que cette dette se compensait avec le montant de ses loyers. Question de savoir si le créancier des frais de semences et de labour pouvait réclamer son privilége. La cour de cassation a jugé que ces frais constituent une charge aux termes de l'article 2102, n° 1, § 4, charge dont est grevé le droit privilégié du propriétaire sur la récolte de l'année. Le code ne s'exprime pas ainsi; il donne au créancier des semences et frais de labour un privilége qui prime celui du bailleur; cela est d'évidence, d'après notre loi hypothécaire, qui traite des deux priviléges dans des numéros séparés et de la préférence dans un article à part. Y a-t-il lieu d'exercer le privilége, dans l'espèce? Oui, si le fermier était insolvable et s'il y avait concours de créanciers. Même dans cette hypothèse il restait une difficulté. La vente des fruits n'avait pas eu lieu aux enchères, le propriétaire était débiteur du prix; dans ces circonstances, le créancier privilégié pouvait-il exercer son privilége? Dans l'opinion que nous avons enseignée, oui; dans l'opinion générale, non. Est-ce pour échapper à cette contradiction que la cour de cassation appelle le privilége des créanciers des semences et frais de labour une *charge*, dont le montant se déduit de son droit privilégié (1)? C'est éluder la difficulté, nous semble-t-il, et non la résoudre.

536. « Les sommes dues pour ustensiles servant à l'exploitation sont payées sur le prix de ces ustensiles, par

(1) Rejet, chambre civile, 11 juillet 1864, après délibéré en chambre du conseil (Dalloz, 1864, 1, 488).

préférence au bailleur » (art. 24). Cette préférence a la même cause et le même caractère que celle que la loi accorde aux frais de semences et de culture. Il faut donc appliquer au concours du créancier et du bailleur ce que nous venons de dire (nos 534 et 535).

§ IV. *Concours de priviléges ayant le même rang.*

537. Aux termes de l'article 14, les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence; donc par contribution. Il n'y a pas de préférence entre eux, puisque la cause des priviléges est identique. Le créancier le plus ancien ne peut prétendre à une préférence sur les autres, parce que l'ancienneté n'est pas un motif de préférence entre créanciers privilégiés (nos 310 et 311). Il importe donc beaucoup de savoir quand les créances privilégiées ont le même rang. Le rang entre créanciers privilégiés étant déterminé par la qualité de la créance, il faut dire que les créances qui ont la même qualité ont aussi le même rang (1). Le principe n'est pas contestable, mais il y a des difficultés dans l'application.

538. Les frais de justice sont nombreux et constituent autant de créances diverses : y a-t-il entre elles une raison de préférence, ou faut-il appliquer le principe de l'article 14? Il n'y a d'autres causes de préférence entre créanciers que celles que la loi établit. Or, la loi ne déroge pas à la règle consacrée par l'article 14 en matière de frais de justice; donc la règle reste applicable. La cour de cassation l'a jugé ainsi (2); et la chose est si évidente, qu'il ne vaudrait pas la peine de citer l'arrêt, si une cour d'appel ne s'y était trompée en classant et colloquant les divers créanciers de frais de justice d'après la date de leurs créances; de sorte que les frais de scellé primaient les frais de garde, et les frais de garde étaient préférés aux frais d'inventaire (3).

(1) Pont, t. I, p. 168, n° 183.
(2) Rejet, 8 décembre 1825 (Dalloz, au mot *Distribution par contribution*, n° 13).
(3) Paris, 27 mars 1824 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 169).

Tous les auteurs critiquent l'arrêt de la cour de Paris (1). Elle a oublié le principe élémentaire qui domine les priviléges, c'est qu'il n'y a pas de préférence entre créanciers sans loi; et où est la loi qui établit une préférence entre créanciers de frais de justice? La cour faisait donc la loi; et il serait inutile d'ajouter que l'interprète n'a pas ce droit, si trop souvent il ne se l'arrogeait.

539. Chose singulière! Ceux-là mêmes qui critiquent l'arrêt de la cour de Paris font ce qu'elle a fait, quand il y a plusieurs créanciers de frais de conservation. Y a-t-il une préférence entre eux? Il faut dire des frais de conservation ce que nous venons de dire des frais de justice; l'article 14 leur est applicable, parce que la loi n'y déroge point. Cela est d'évidence quand les diverses dépenses, toutes nécessaires, se font simultanément. Quand les travaux de conservation ont été faits à des époques différentes, il y a un léger motif de douter, au moins en théorie. Le créancier le plus récent qui a fait sur la chose des travaux conservatoires a conservé le droit de ceux qui, avant lui, avaient fait des impenses nécessaires; donc, dit-on, il leur doit être préféré. C'est, dit Martou, le cas d'appliquer l'article 22, d'après lequel les frais faits pour la conservation de la chose priment les priviléges antérieurs. Ce texte est général; il ne distingue pas quels sont ces priviléges antérieurs que les travaux de l'ouvrier conservent; donc l'ouvrier qui a travaillé en dernier lieu doit l'emporter sur ceux qui ont travaillé avant lui, car il a conservé leur privilége. Martou oublie l'article 14, qui pose une règle générale applicable à tous les priviléges; dès qu'ils ont le même rang, ils sont placés sur la même ligne; or, la qualité étant identique, le rang doit aussi l'être : ce qui décide la question. L'article 22 n'est pas en opposition avec l'article 14 et n'y déroge pas, par la raison bien simple qu'il ne prévoit pas l'hypothèse réglée par l'article 14; dans le § 3, où se trouve l'article 22, il est question de priviléges de diverse qualité, et la loi estime cette qualité différente pour déterminer leur rang; tandis que l'article 14

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 172, n° 520.

suppose des priviléges ayant la même qualité et, partant, le même rang; et, entre ces priviléges de qualité et de rang identiques, la loi n'admet point de préférence, elle décide qu'ils viennent en concurrence (1).

540. Le même principe s'applique aux divers cessionnaires qui ont acheté successivement une partie de la créance. La qualité de leur créance est évidemment la même, puisque c'est une seule et même créance qu'ils exercent; donc ils viennent en concurrence. Le cédant, s'il restait créancier, ne serait pas préféré aux cessionnaires, parce que son droit est identique à celui qu'il a cédé (2). Il en serait autrement si le créancier avait reçu un payement partiel avec subrogation, parce qu'il est de principe que la subrogation ne nuit pas au créancier. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations,* sur la subrogation et la cession (t. XVIII, n° 15).

§ V. *Disposition générale de l'article* 26.

541. « Les autres priviléges généraux sont primés par les priviléges spéciaux » (art. 26). Ainsi les frais de dernière maladie, les gages des gens de service, les salaires des commis et ouvriers et les fournitures de subsistances sont primés par les priviléges spéciaux. Il en résulte que les fournitures de subsistances occupent le dernier rang. On a critiqué, et avec raison, ce singulier classement. S'il est louable d'enterrer les morts, il est encore plus louable de ne pas laisser les gens mourir de faim. Nous en dirons autant des frais de dernière maladie.

Par application de ce principe, il faut décider que le privilége des frais de récolte (art. 20, 2°) prime le privilége des ouvriers et gens de service (art. 19, 4°). Cette préférence était aussi admise sous l'empire du code civil. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce remarquable. Une sucrerie est mise en séquestre. Pendant le cours de

(1) Martou, t. II, p. 176, n°s 524 et 525. En sens contraire, Cloes, t. I, p. 358, n° 619.
(2) Cassation, 29 mai 1866 (Dalloz, 1866, 1, 481).

l'administration, et avant qu'on procédât à la distribution du prix provenant des récoltes, il fut ordonné, par une mesure de sécurité publique et d'humanité, qu'une somme de 11,622 fr. serait prélevée sur le prix pour payer immédiatement les salaires des ouvriers de la sucrerie. Il en résulta que le créancier des frais de récolte ne put exercer son privilége, le prix des récoltes étant épuisé par le payement des ouvriers. La cour de cassation a jugé, au rapport d'Aubry, que, les ouvriers ayant été payés des deniers affectés au privilége du créancier des frais de récolte, celui-ci était subrogé au privilége des ouvriers, privilége général grevant, d'après le code civil, les meubles et les immeubles (1).

542. Cela prouve que les décisions générales ne valent rien en cette matière. Nous devons ajouter que, d'après la rédaction primitive, la disposition de l'article 26 laissait une certaine latitude aux tribunaux; elle était ainsi conçue: « *En général*, les priviléges généraux sont primés par les priviléges spéciaux. » Les mots *en général* impliquaient que la règle établie par la loi n'avait rien d'absolu; le juge pouvait s'en écarter, d'après les circonstances. Pourquoi ces mots ont-ils été supprimés? Uniquement par un scrupule de style, assez déplacé en matière de législation; le rapprochement des mots *en général* et *généraux* parut choquant. Soit, on pouvait encore critiquer l'expression comme rendant mal la pensée du législateur, mais alors il fallait ajouter que le juge jouissait d'un pouvoir d'appréciation. On se contenta de supprimer les mots *en général*. Qu'en faut-il conclure? Si l'on s'en tient à la rédaction actuelle, le juge est lié; il ne peut pas, malgré les circonstances les plus favorables, préférer les frais de subsistances aux priviléges spéciaux. Mais n'est-ce pas le cas d'appliquer la règle d'interprétation qui permet de s'écarter du texte quand il est certain que la rédaction est contraire à l'intention du législateur. Or, dans l'espèce, on a cette certitude. En effet, le ministre de la justice a déclaré formellement qu'il ne s'agissait que d'un changement de rédaction, que l'idée

(1) Cassation, 15 mars 1875 (Dalloz, 1875, 1, 273).

restait la même; c'est en ce sens que la modification a été adoptée (1). La volonté de la chambre n'est pas douteuse; cette volonté doit l'emporter sur une rédaction imparfaite. Nous devons ajouter que les interprètes s'en tiennent à la lettre de la loi (2).

(1) Voyez la discussion dans Parent, p. 271.
(2) Martou, t. II, p. 189, n° 544. Cloes, t. I, p. 364, n°s 632 et 633.

FIN DU TOME VINGT-NEUVIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE XIX (titre XVIII du code civil). — DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

PREMIÈRE PARTIE. — DE LA PUBLICITÉ DES ACTES QUI INTÉRESSENT LES TIERS.

CHAPITRE Ier. — DU PRINCIPE DE PUBLICITÉ.

§ Ier. *Critique du système de clandestinité du code civil.*

§ II. *Les origines de la publicité.*

2. De la dation en payement.

3. De l'échange.

4. De la société.

5. De la transaction.

6. Du contrat de mariage.

N° 3. Des actes translatifs de droits réels immobiliers.

N° 4. De la cession d'actions immobilières.

N° 5. Des jugements.

N° 6. Des renonciations.

N° 7. Des actes déclaratifs de droits réels immobiliers.

N° 8. Des actes de résolution volontaire.

N° 9. Des clauses ajoutées au contrat.

§ III. *Des baux.*

SECTION II. — *Quels actes doivent être transcrits.*

SECTION III. — *Formalités de la transcription.*

§ I[er]. *Quels actes sont admis à la transcription.*

§ II. *Comment se fait la transcription.*

§ III. *Qui peut et qui doit transcrire.*

Section IV. — *Effet de la transcription.*

§ Ier. *Principe.*

§ II. *Des actes translatifs de propriété.*

N° 1. Quels sont les tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription?

I. *De l'exception de non-procéder.*

II. *Obligation imposée au greffier.*

III. *Effet du défaut d'inscription en ce qui concerne les tiers.*

§ II. *De la cession de créances hypothécaires ou privilégiées.*

N° 1. Quelles cessions doivent être rendues publiques?

N° 2 Forme de la publicité.

N° 3. Conséquence du défaut de publicité.

CHAPITRE II. — DES PRIVILÉGES.

SECTION I. — *Notions générales.*

SECTION II. — *Des priviléges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles.*

§ Ier. *Qu'entend-on par frais de justice?*

§ II. *Application du principe.*

N° 1. Frais de scellés et d'inventaire.

N° 2. Frais de saisie et de vente.

N° 3. Frais de distribution et d'ordre.

N° 4. Des frais de partage.

N° 5. Frais d'une succession bénéficiaire.

N° 3. Frais de curatelle d'une succession vacante.

N° 7. Frais de faillite.

N° 8. Comment le privilége s'exerce-t-il quand il porte sur les meubles et les immeubles?

SECTION III. — *Des priviléges sur les meubles.*

ARTICLE 1. Des priviléges généraux sur es meubles.

§ Ier. *Des frais funéraires.*

§ II. *Des frais de dernière maladie.*

§ III. *Des salaires.*

§ IV. *Des fournitures de subsistances.*

§ V. *Dispositions générales.*

ARTICLE 2. Des priviléges sur certains meubles.

§ Ier. *Privilége du bailleur.*

Nº 1. A qui le privilége appartient-il?

Nº 2. Quelles sont les créances privilégiées?

I. *Des loyers et fermages.*

1. Droit du bailleur.

2. Du droit de relocation des créanciers.

II. *Des obligations naissant du bail*

N° 3. Sur quoi porte le privilége?

1. *Quels sont les meubles qui garnissent les lieux loués?*

II. *Des objets qui n'appartiennent pas au preneur.*

III. *Des objets qui appartiennent au sous-locataire.*

IV. *Des fruits.*

N° 4. Du droit de revendication.

I. *Du déplacement des objets qui garnissent.*

II. *Du droit de suite.*

N° 2. Du droit de revendication.

§ III. *Du concours des priviléges spéciaux entre eux.*

§ IV. *Concours de priviléges ayant le même rang.*

§ V. *Disposition générale de l'article 26.*



